Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig

unter Mitwirkung von

Geh. Justizrat Dr. Eugen Fuchs, Berlin und Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Aller Verkehr mit der Schriftleitung (Handschriftsendungen usw.) an J.-R. Dr. Magnus, Berlin NW 7, Dorotheenstr. 41 zu richten. Alle Zuschriften in Angelegenheiten des Deutschen Anwaltvereins, insbesondere für den Vorstand und die Geschäftsleitung bestimmte Mitteilungen, sind nicht an die Schriftleitung der Juristischen Wochenschrift, sondern nur an den Deutschen Anwaltverein in Leipzig, Schreberstr. 3, zu richten. Alle Anzeigenaufträge und -Anfragen nur an den Verlag.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig, Dresdner Straße 11/13.

Inhaber: Oscar Brandstetter.

Fernsprecher Nr. 14401—3 / Telegramm-Adresse: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Preis für das Vierteljahr Ausgabe A M. 65.—, Ausgabe B M. 40.—, bei Einzelheften jeder Bogen M. 1.50. Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

1872—1922!

Vor 50 Jahren erschien die erste Nummer der Juristischen Wochenschrift! Welche Fragen damals die Anwaltschaft und mit ihr die ganze Juristenwelt bewegten, gibt der Einleitungsaufsatz aus der Feder des trefflichen Henle wieder. Liest man die weiteren Nummern der ersten Jahrgänge der Zeitschrift, so sieht man staunend, wie immer und immer wieder dieselben Fragen und immer und immer wieder dieselben Beweisgründe und Gegenbeweisgründe auftauchen, die auch heute noch die Anwaltschaft bewegen. Es gibt nichts Neues unter der Sonne! Ungezählte Gedanken, deren Urheber glauben, etwas Neues, „noch nie Gesagtes ausgesprochen“, „des Rätsels Lösung gefunden zu haben“, sind längst vorher ausgesprochen, vielfach erprobt und verworfen. Es gewährt einen hohen Genuß, die alten Jahrgänge durchzugehen: Namen tauchen auf, die allen Juristen, vornehmlich allen Anwälten, teuer sind: v. Wilmowsky, M. Levy, Wilke, den älteren unter uns noch persönlich bekannt. Wir sehen die Wochenschrift am Werke bei der Vorbereitung der großen Prozeßreform der siebziger Jahre. Wir sehen gerade beim Durchblättern der alten Jahrgänge so recht den großen Einfluß, den die Anwaltschaft schon damals auf die Gestaltung des Rechtes ausübte; wir sehen — ein vielleicht nicht unwichtiger Beitrag zur Frage des Numerus-clausus! — wie schon damals, zur Zeit der Geschlossenheit der Advokatur, über Mißstände geklagt wurde, die in dem letzten Jahrzehnt der Freiheit der Anwaltschaft zur Last gelegt wurden. Wir finden auch das bereits im Anfangsartikel der Wochenschrift vertretene und seither ungezählte Male wiederholte Verlangen der Entnahme von Richtern aus der Anwaltschaft und vieles Lehrreiche mehr.

Wir ersehen aber aus den Berichten das trostlose Elend der Zersplitterung des Rechtes (in Bayern nicht weniger als über 600 Rechte!), des materiellen Rechtes, wie namentlich des Prozeßrechtes. Wir fühlen, wenn wir dies lesen, so recht den uns heute gar nicht mehr zum Bewußtsein kommenden Segen der Rechtseinheit. Wir entnehmen aber daraus zugleich die Mahnung, den letzten traurigen Überrest der Zersplitterung zu beseitigen, den Mangel der Freizügigkeit der Anwälte.

Es ist ein Trost, so zu sehen, daß es doch auch Gebiete gibt, auf denen es besser geworden ist seit 50 Jahren — ein Trost in dem Elend der Gegenwart! Welch' ein Unterschied zwischen der politischen und wirtschaftlichen Lage des Deutschen Reiches im Jahre 1871 und im Jahre 1921! Ist doch gerade das Jahr 1921 unter all den vielen traurigen Zeiten, die unser Vaterland erlebte, das Jahr, in dem uns allen am herbsten zum Bewußtsein gekommen ist, was es bedeutet, wenn ein Volk als einziges, wehrlos dasteht inmitten einer waffenstarrenden Welt, ein Jahr, in dem das deutsche Volk, im Deutschen Reich wie im Bruderlande Österreich, die ganze Bitternis dessen auskosten mußte, und — es mag kleinlich erscheinen, dies zu betonen, aber dem Manne des Rechtes tut es doppelt weh — sehen mußte, wie sich Gewalt in das Gewand des Rechtes kleidet.

Trübe und ernst ist unsere äußere Lage; sie ist um so trüber, als sie die Volksgenossen nicht eint, sondern entzweit. Gegensätze jeglicher Art haben unter dem Drucke der äußeren Feindschaft und der traurigen Lage nicht ihren Ausgleich, sondern Verschärfung erfahren; man denkt mehr an das, was die einzelnen Volksschichten trennt, als was sie eint. Auch Recht und Rechtspflege bleiben hiervon nicht unberührt. Sie, die wie ein Fels inmitten des brandenden Parteikampfes stehen sollten, wurden in den Strudel des Kampfes hineingerissen. Es soll hier nicht geprüft werden, auf wessen Seite das Recht, oder sagen wir: das überwiegende Recht ist, wie weit die Vorwürfe gegen die Rechtspflege begründet, wie weit sie haltlos oder übertrieben sind. Dies setzte ein Eingehen auf politische Streitigkeiten voraus, welches den Blättern dieser Zeitschrift bisher stets fern geblieben ist und auch in der Folgezeit stets fern bleiben soll, so schwer dies auch in den bewegten Zeiten, die wir durchleben, sein mag.

Im Kampf der Interessengegensätze regt sich auch der Kampf gegen den Rechtsgelehrten, regt sich namentlich der Kampf gegen den Anwalt. „Die Rechtsanwälte mögen gehen, wie schweigend die Offiziere gegangen sind; niemand kümmert

sich um ihre Not," so tönt es von rechts; nicht anders tönt es von links. Wir brauchen die Anwaltschaft nicht mehr; andere werden dasselbe, werden besseres leisten; wir wollen sie vom Volke und das Volk von ihr trennen. Gerade in den Streitigkeiten, die die Volksseele erregen, die ganze Bevölkerungsschichten bewegen, in Tarifstreitigkeiten und auf dem jetzt vielleicht wichtigsten Rechtsgebiete, dem Arbeitsrecht, soll jedem Menschen die Vertretung fremder Interessen gestattet, nur dem Anwalt verboten werden. Es soll dem Volke, gleichviel, ob Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, die Freiheit der Wahl seines Vertrauensmannes genommen werden. Es ist hier nicht der Ort, die ungezählte Male wiederholten, im Strudel des Parteikampfes — dem diese Fragen wahrlich entzogen sein sollten — überhörten Gründe zu wiederholen; nur auf eins soll mit allem Nachdruck hingewiesen werden, wie arbeiterschädlich, wie verderblich gerade für den wirtschaftlich Schwachen der geplante Ausschluß ist. Der **große**, wirtschaftlich starke Unternehmer leidet auch hier am wenigsten Not. Er hat seinen ständigen Vertreter, geschäftsgewandt und mit dem Verfahren vertraut; er nimmt — in den Fragen des Arbeitsrechts fast durchweg der Beklagte — Recht an seinem Wohnsitz. Ihn läßt die Frage kalt. Aber es leidet der Arbeitnehmer, der kleine Unternehmer, der dem Mittelstande oder wirtschaftlich den noch tiefer stehenden Schichten angehört, für den ein nutzlos auf dem Arbeitsgericht verbrachter Vormittag unter Umständen einen Hungertag für seine Familie bedeutet, der Arbeitnehmer, zumal der, den sein Beruf freiwillig oder notgedrungen in die Fremde führt, und der zur Vertretung seiner Interessen sich, wenn er selbst auch noch so sehr von der Notwendigkeit dessen überzeugt ist, gerade desjenigen Standes nicht bedienen **darf**, der nun einmal zur Vertretung fremder Interessen berufen ist. Gerade für den Kleinen und wirtschaftlich Schwachen bedeutet diese Vorschrift daher schwere wirtschaftliche Schädigung, und ein ihm aus diesem Grunde abgenötigter Vergleich nichts weniger als Sühne und Güte, sondern Unrecht und fortzehrenden Haß. Es ist nötig, daß dies noch einmal, völlig losgelöst von allen Fragen der Politik, von unparteiischer, aber sozial empfindender Seite ausgesprochen werde.

Die Zukunft, die uns vor 50 Jahren so sonnig und glückverheißend entgegenlachte, liegt heute trübe vor uns. Nur eines wissen wir: **kann** etwas unser Vaterland in die Höhe bringen, auf der wir es wieder zu sehen erhoffen, so ist es die **Arbeit** — ernste, selbstlose hingebungsvolle, ehrliche Arbeit, mit Hand und Kopf! An ihr wird die jetzt noch haßerfüllte Welt erkennen, was sie dem deutschen Volke verdankte und — aller Unbill der Zeit zum Trotz — auch heute verdankt und in aller Zukunft danken wird. Auch die Männer des Rechtes werden, an ihrer Stelle, bei dieser Arbeit, künftig nicht fehlen **können**. Und sie **werden** nicht fehlen!

Erklärung.

Die in den unterzeichneten Verbänden vereinigte Gesamtheit der deutschen Richter und Rechtsanwälte, Hochschullehrer und Notare erhebt warnend ihre Stimme dagegen, daß der bei dem preußischen Landtage gestellte Antrag:

> nach welchem hervorragend befähigte und praktisch erfahrene Personen aus allen Kreisen des Volkes nach Ablegung der Gerichtsassessoren-Prüfung die Befähigung zum Richteramt sollen erlangen können, auch wenn sie den bisher vorgeschriebenen Ausbildungsgang nicht durchgemacht haben,

Gesetz werde.

Für den Richter, den Anwalt und den Notar ist wie für jeden Fachmann eine berufsmäßige Schulung erforderlich. Nur durch sie kann eine geschlossene harmonische Bildung, Sachlichkeit des Denkens, Unabhängigkeit des Urteils und Beherrschung des von jeder Einzelentscheidung berührten ganzen Rechtssystems erlangt werden. Die Prüfung, jetzt nur der äußere Abschluß jahrelanger Arbeit, kann für sich allein auch bei geistig hochstehenden Personen diese Schulung niemals ersetzen.

Diesem grundsätzlichen Bedenken gesellt sich die nicht abzuweisende Befürchtung, daß bei der Beurteilung der geistigen Hochwertigkeit politische Gesichtspunkte eine nur zu große Rolle spielen werden. Gerade in so stark bewegter Zeit würden Richter, die sich durch ihre politischen Anschauungen leiten lassen und die dadurch die Rechtspflege zur Dienerin der jeweilig herrschenden Partei herabwürdigen, dem Staate seine festeste Stütze, jeder Sittlichkeit und Kultur die unentbehrliche Grundlage rauben.

Wir Juristen sind entschlossen, uns solcher Vernichtung der in jahrelanger Arbeit endlich gefestigten deutschen Rechtspflege zum Heile unseres Vaterlandes mit allen Kräften zu widersetzen.

Im Oktober 1921.

Der Deutsche Juristenbund
Dr. v. Staff, Berlin,
Wirkl. Geh. Oberjustizrat.

Der Deutsche Anwaltverein
Justizrat Kurlbaum, Leipzig.

Der Deutsche Notarverein
Geh. Justizrat Dorst, Cöln a. Rh.

Der vorstehenden Erklärung schließen sich vollinhaltlich an die juristisch vorgebildeten Mitglieder des

Berufsvereins höherer Verwaltungsbeamten
Staatsminister a. D. Lentze, Berlin

Berufsvereins höherer Kommunalbeamten
Reichsminister a. D. Dr. jur. Dr. Jng. h. c. Scholz, Berlin,
M. d. R. u. d. R. W. R.

Reform der Ehescheidung.

A. Der Verband „Eherechtsreform".

Von Rechtsanwalt Dr. Hachenburg, Mannheim.

Am 18. Aug. 1896 ist das BGB. zustande gekommen. Es ist begreiflich, daß sich nach 25 Jahren der Gedanke an eine Neugestaltung einzelner Materien regt. Sieht man näher zu, so sind es wenige Stellen, die eine dringende Änderung erfordern. Man fühlt wohl, daß Mängel vorhanden sind, aber man hat sich allmählich daran gewöhnt und empfindet sie zum erheblichen Teile nicht. Von einem Punkte aber wird man dies nicht sagen können. Das ist das Ehescheidungsrecht. Man weiß, daß es das Ergebnis eines Kompromisses ist. Daher trägt es die Schattenseiten solcher Verständigungen. Neben den absoluten Scheidungsgründen besteht der relative des § 1568 BGB. Verlangt ist die schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder ein ehrloses unsittliches Verhalten eines Ehegatten und hierdurch eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, daß dem anderen Ehegaten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Abgelehnt wurde die Möglichkeit einer freiwilligen Ehescheidung. Festgehalten wurde im Prinzipe an der Notwendigkeit eines Verschuldens. Nur die in letzter Stunde in das Gesetz durch den Reichstag hineingebrachte Scheidung wegen Geisteskrankheit macht davon eine Ausnahme (§ 1569 BGB.). Wie anders aber stellt sich die Praxis der Scheidungsprozesse dar. Auf Schleichwegen hat man doch wieder zu erreichen versucht, was das Gesetz versagen zu müssen glaubte. Wo die Ehegatten nicht mehr zueinander passen, wo die Ehe eine unglückliche geworden ist, wo beide Teile fühlen, daß sie auseinandergehen müssen, wollen sie nicht zugrunde gehen, da greift man zur Komödie der böslichen Verlassung. Die Richter wissen das vielfach, und sie verschließen die Augen vor dem wahren Sachverhalte. Bei manchen sträubt sich wieder das Gewissen dagegen. Sie weisen die Scheidungsklage ab, wenn sie zu der Überzeugung gelangen, daß die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens nur zum Scheine geschieht. Einem noch schlimmeren Kapitel gehören die Klagen wegen Ehebruchs an, bei denen dieser zwar begangen ist, aber mit Wissen beider Teile und zum Zwecke des Scheidungsprozesses. Es ist nicht leicht für den Rechtsanwalt, in solchen Fällen dem Ansuchen der Parteien zu widersprechen und seine Mitwirkung zu versagen. Überall da aber, wo das Gesetz die Parteien zu solchen künstlichen Konstruktionen oder gar zu solchen, dem eigenen Gefühl widerstrebenden Maßnahmen zwingt, hat man stets den Beleg dafür, daß das Gesetz selbst auf falschem Boden aufbaut. Die Zeit für die Reform des Ehescheidungsrechtes ist gekommen.

Im Rheinlande haben sich Männer und Frauen aller Stände zu dem Verbande „Eherechtsreform" zusammengeschlossen. Er hat eine Eingabe an den Reichstag gerichtet. Sie spricht in bewegten Worten von der Seelennot derer, denen das Gesetz und seine strenge Anwendung die Fesseln einer Ehe auferlegt, die doch in Wirklichkeit keine Ehe mehr ist. Da, wo die Ehe der sittlichen Grundlage entbehrt, wo damit jede Möglichkeit der Veredelung, die in ihr gefunden wird, ausgeschlossen ist, hört auch das Interesse des Staates an ihr auf. Kein hemmungsloser Freiheitsdrang ist es, dem der Verband das Wort reden will. Er bekennt sich als tief durchdrungen von dem Gedanken, daß die eheliche Gemeinschaft eine der tragenden Ideen in der Entwicklungsgeschichte der Menschheit gewesen ist und sein wird. Aber gerade deshalb kommt er zu dem Schlusse, daß die Ehe, der die Seelengemeinschaft fehlt, nicht mehr aufrecht erhalten werden soll.

Die Reform, die der Verband anstrebt, geht nicht auf die Einführung der freiwilligen Scheidung. Wohl aber will sie den Tatbestand des § 1568 BGB. ersetzen durch das rein objektive Moment. Ehen, deren völlige Zerrüttung gegeben ist, sollen vom Gericht geschieden werden, auch ohne daß ein Verschulden des einen Teiles vorliegt. Damit nähert man sich wieder dem gesunden Gedanken des preußischen Landrechtes und seiner Ehescheidung auf Grund unüberwindlicher Abneigung. Wie das Verfahren auszugestalten ist, inwieweit in jedem einzelnen Falle das Prüfungsrecht des Gerichts zu gehen hat, welche Folgen an diese Ehescheidung zu knüpfen sind, das wird noch der besonderen Erwägung bedürfen. Lösbar erscheinen alle diese Fragen[1]).

Was der Reichstag mit der Petition gemacht hat, ist nicht bekannt. Wichtiger wäre noch, daß sich das Reichsjustizministerium mit der Frage befaßte. Wer die tatsächlichen Verhältnisse kennt, der weiß, daß hier die Abhilfe nötig ist, und daß ein Aufschieben bis zur großen Durchsicht des ganzen BGB. unheilvoll sein kann. Man kann sich den Standpunkt eines überzeugten Gegners jeder Ehescheidung denken. Wem sie gegen das religiöse Gefühl geht, der muß sie grundsätzlich verneinen. Läßt man sie aber zu, hält man die Auflösung der zerrütteten Ehe gerade vom Standpunkte des staatlichen Interesses aus für gerechtfertigt, dann liegt kein Anlaß vor, an dem Verlangen des Verschuldens festzuhalten. Ich möchte der letzte sein, der die Besonderheit der Ehe verkennt. Sicher kann sie nicht, wie ein beliebiger Kontrakt willkürlich wieder gelöst werden. Aber doch muß auch hier der allgemeine Gedanke des Rechtes, daß dauernde Rechtsverhältnisse lösbar sein müssen, wenn sie unhaltbar wurden, durchgreifen. Die Gesellschaft, der Dienstvertrag usw. können aus wichtigen Gründen aufgehoben werden. Auch bei der Ehe ist der Rechtsgedanke der gleiche. Nur muß natürlich hier der wichtige Grund ein ganz anderer sein, als bei den vermögensrechtlichen Verträgen. Das Gemeinsame aber ist, daß auch bei diesen ein Verschulden nicht notwendigerweise verlangt wird. Das objektive Moment bei ihnen soll auch für den heiligsten aller Verträge, die Ehe, maßgebend sein.

In den letzten Jahren sind zahllose Ehen geschlossen worden, die sich nur aus der Kriegszeit und ihren Wirkungen erklären. Die aus dem Kriege Heimkehrenden hatten ein unsagbares Verlangen nach eigenem Heim und nach Liebe. Dazu noch die alles umwälzenden Ereignisse der Revolutionszeit. Kein Wunder, wenn die Enttäuschungen bald eintrafen. Von einem Verschulden wird man kaum sprechen können. Falsch aber wäre es, gerade diese, in jugendlicher Unbesonnenheit geschlossene Ehen für unlösbar zu halten. Gerade sie verlangen die Umgestaltung des Ehescheidungsrechtes. Auch in diesem Sinne hat die politische Umwälzung ihren Einfluß auf das bürgerliche Recht.

B.[2])

Von Oberlandesgerichtsrat Richard May, Hamburg.

Die Reform der Ehescheidung duldet keinen Aufschub mehr. Das geltende Recht hat versagt. Es geht von dem Glauben aus, das Schuldmoment bilde den gerechten Maßstab für die Frage der Scheidung und ihrer Folgen. Dieser Glaube setzt voraus, daß bei jeder scheidungswürdigen Ehe die Ursache der Zerrüttung ein Verschulden sei, und daß es mit den Mitteln unseres Prozesses möglich sei, den wahren Schuldigen zu finden. Beide Voraussetzungen hat die Praxis nicht bestätigt. Selbst wenn es aber gelingt, den wahren Schuldigen festzustellen, so kann doch die Schuldfrage das allein ausschlaggebende Moment für eine g e r e c h t e Regelung der Scheidungswirkungen nicht bilden.

Die Kinder gebühren dem Gatten, bei dem sie besser aufgehoben sind und der mehr an ihnen hängt. Wer das ist, steht oft in keinem entscheidenden Zusammenhang mit der Frage, ob der eine Gatte sich gegen den anderen vergangen hat. In der Mehrzahl der Fälle ist es die Mutter, auch die schuldige.

Eine Frau, die für Mann und Kinder Jugend und Kräfte verbraucht hat, darf nicht, wie es heute geschehen kann und geschieht, von dem (an der Scheidung mitschuldigen wohl-

---

[1]) Vgl. Dr. K u r t E r h a r d t, „Ein neues Ehescheidungsrecht", und N e u b e c k e r JW. 1919, 921.)

[2]) Dieser Aufsatz wurde geschrieben, ehe der jetzige Reichsjustizminister, Prof. Dr. Radbruch, sein Amt antrat. Daß er in sein Programm die Ehescheidungsreform aufgenommen hat, ist dankbar zu begrüßen. Überholt sind dieser Aufsatz und meine sich daran anschließenden Vorschläge in den Preuß. Jahrbüchern dadurch nicht. Die aktive Mitarbeit der deutschen Juristenschaft aller Richtungen an der Reform der Ehescheidung ist, gerade wenn diese Reform durch die Initiative des Justizministers in das verdiente Licht der Aktualität gerückt wird, zur Erreichung des Zieles unerläßlich, da der neue Reichsjustizminister trotz oder gerade wegen seiner Zugehörigkeit zur Sozialdemokratie auf nicht geringere politische und sachliche Schwierigkeiten stoßen wird, als seine Vorgänger.

habenden Mann der Armenverwaltung überlassen werden. Andererseits hat eine kinderlose junge und kräftige Frau, die ihrem Mann einen Fehltritt nicht verzeihen kann, keinen gerechten Anspruch darauf, zeitlebens ihre Hände in den Schoß legen zu dürfen, sich von ihrem geschiedenen Mann ernähren zu lassen und ihm dadurch eine neue, glücklichere Ehe unmöglich zu machen.

Versagt das Schuldmoment so als Maßstab für die Herbeiführung gerechter Ergebnisse, so ist fast noch verhängnisvoller seine verhetzende Wirkung auf die Beteiligten.

Ich kann mich hier auf diese Andeutungen beschränken, weil ich auf den Aufsatz Hachenburgs S. 5 und auf einen ausführlichen Aufsatz verweisen kann, welchen ich in einem der nächsten Hefte der Preußischen Jahrbücher über die Reform der Ehescheidung veröffentliche. Die Schriftleitung hatte die Freundlichkeit, mir Hachenburgs gleichzeitig vorliegenden Aufsatz über den Verband „Eherechtsreform" zur Kenntnis zu bringen und mir damit die erwünschte Möglichkeit zu geben, meine Ausführungen über die Reformbedürftigkeit der Ehescheidung zu kürzen und den knappen zur Verfügung stehenden Raum zur Andeutung des Weges der Reform zu benutzen.

Nach dem Verband Eherechtsreform in Cöln, dessen Eingabe an den Deutschen Reichstag v. 1. Juli 1920 datiert, hat unter dem 9. Juni 1921 der Deutsche Rechtsbund in Dresden den Deutschen Reichstag durch eine Eingabe um eine Reform der Ehescheidung gebeten, seine Vorschläge zu einer Gesetzesvorlage verdichtet und diese dem Reichstag unterbreitet. Die Reichsregierung hat diese Eingabe den Landesregierungen zur Äußerung zugehen lassen.

Beide Eingaben sagen selbst, daß sie von Interessenten ausgehen. In der Eingabe des Verbandes Eherechtsreform heißt es: „Die weitaus meisten unserer Mitglieder leben selbst in einer zerrütteten Ehe." Der Deutsche Rechtsbund schreibt, daß seine Gesetzesvorlage hervorgegangen sei aus der tiefen seelischen Not einer großen Anzahl seiner Mitglieder. Es ist ein beachtenswertes Zeichen der Zeit, daß die in Rechtsnot Befindlichen sich selbst zu Verbänden zusammenschließen, um die Initiative zu ergreifen. Haben Regierungen, Parlamente und Juristenschaft es hier an Initiative fehlen lassen?

Von Kritiken unseres Ehescheidungsrechts und Reformvorschlägen seien hier genannt: Erhardt, Ein neues Ehescheidungsrecht, München 1919; Traumann, Das Ehescheidungsrecht der Zukunft, Berlin 1920; Pieper, Ehescheidung oder Zwangsehe, München 1921; Vogt, Zur Abänderung des Ehescheidungsrechts, in der Hanseatischen Gerichts-Zeitung 1920, Beiblatt S. 5—10 und 13—15; Neubecker, Die neue schwedische Ehegesetzgebung in der Festgabe für Liebmann, S. 320—328; May, Ehescheidungspsychologie und Ehekunde in den Preußischen Jahrbüchern 1918 S. 319—344; May, Der Notstand unseres Ehescheidungsverfahrens, in der Tat 1920 S. 583—599; Leitsätze des Hamburger Beamtenrats zum Deutschen Zivilprozeßrecht v. 30. Jan. 1919 S. 260—264.

Verwirklicht sind Reformideen unter Auseinandersetzung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der neuen schweizerischen und schwedischen Ehegesetzgebung. Über die Schweizer Gesetzgebung äußern sich außer den bekannten schweizerischen Kommentaren von den obengenannten Arbeiten Vogt und May, über die schwedische Neubecker und Pieper.

Warum hat man den bestehenden verhängnisvollen Zustand im Deutschen Reiche seit 1900 — und in vielen Gebieten, in denen bereits zuvor die gesetzliche Regelung ähnlich war, seit noch viel längerer Zeit — mit Resignation geduldet?

Der nächste Grund lag auf gesetzgebungstechnischem und politischem Gebiet.

Gesetzgebungsreformen solcher Art waren vor dem Kriege ein Werk von Jahrzehnten. Die Frage der Ehescheidungsreform war aber ein besonders heißes Eisen, das keine Regierung sich anzufassen gedrungen fühlte: Da die Ehe für die Katholiken nach ihren kirchlichen Satzungen als Sakrament und daher als unlösbar gilt, mußte jede Ehescheidungsreform und gar jede Erleichterung der Scheidung zu einem Kampfe mit der Zentrumspartei führen, deren Machtstellung jeden nicht durch politische Notwendigkeiten gebotenen Kampf unerwünscht erscheinen ließ.

Man würde aber unrecht tun, wenn man hinter diesen politischen Schwierigkeiten nicht die in der Sache liegenden Schwierigkeiten sehen wollte.

Dem Gesetzgeber handelt es sich nicht nur darum, daß der einzelne Streitfall sein Recht bekommt, sondern auch darum, daß der Grundsatz der Lebenslänglichkeit der Ehe im allgemeinen Bewußtsein erhalten bleibt. Wichtiger als die Ehen, die geschieden werden wollen, sind die Ehen, die nicht geschieden werden wollen, und das Wichtigste ist, daß diese Ehen die Regel und die Scheidungen die seltenen Ausnahmen bleiben.

Der Gesetzgeber fürchtet, durch eine Milderung der Scheidungsvoraussetzungen und Humanisierung des Scheidungsverfahrens leichtfertige Eheschließungen und leichtfertige Scheidungen zu begünstigen.

Dies ist der Punkt, der die Frage der Ehescheidungsreform zu einer problematischen machte, deren einwandfreie Lösung nicht durch Erfahrung und Gesetzgebungskunst zu finden war. Hier handelte es sich um einen Kampf der Weltanschauungen, und für einen solchen Kampf war die Zeitspanne von 1900 bis 1914 viel zu kurz, um dem Gesetzgeber Mut und Kraft zu geben, den 1900 mühsam zwischen den verschiedenen Tendenzen geschaffenen Ausgleich zu erschüttern.

Die politische und seelische Umgestaltung Deutschlands durch Krieg und Revolution hat diese Lage geändert.

Gesetzesänderungen erfordern, wenn sie von einflußreichen Kräften getragen werden, jetzt nur kurze (oft viel zu kurze) Zeit. Und gerade die Rechtsreform ist seit der Revolution oft genug von Ministern, Parlamenten und Presse in den Vordergrund gestellt worden, weil vom Vertrauen des Volkes zu Recht und Rechtspflege der Bestand von Staat und Volksgemeinschaft abhängt.

Innerhalb der Rechtsreform duldet aber gerade die Ehescheidungsreform keinen Aufschub mehr. Wir besitzen hier ein Verfahren, dessen unstreitige Fehler vernichtend und verhetzend auf die Beteiligten wirken. Wir sind nicht mehr so reich an Zutrauen des Volkes in die Gerichte, daß wir uns erlauben können, durch die Ehescheidungsprozesse der nächsten Jahre noch weiter Parteien gehen zu lassen, die daraus mit Groll gegen die Rechtspflege hervorgehen. Die öffentliche Meinung ist in Weltanschauungskämpfe eingetreten. Die radikalsten Anschauungen über freie Liebe, Ehe- und Scheidungsfreiheit sind nicht mehr jugendliche Exzentrizitäten und literarische Stilübungen, sondern machen Anspruch darauf, sich durchzusetzen. Wer den Art. 119 der geltenden deutschen Reichsverfassung:

> „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung"

wahr machen will, muß darangehen, die anerkannten Fehler unseres Scheidungsrechts zu beseitigen, damit nicht die Ehe selbst allzusehr in Gefahr gerate.

Wir Juristen sollten die Initiative zur Ehescheidungsreform ergreifen und die Führung übernehmen, damit wir das Vertrauen des Volks erhalten und gewinnen und zu einem Verfahren gelangen, das wir mit innerer Befriedigung anwenden können. Nicht länger sollten Richter und Anwälte es mißmutig tragen, daß man ihnen in den Scheidungsprozessen eine nicht zu lösende Aufgabe aufbürdet.

Eine Vorwegnahme der Ehescheidungsreform vor der allgemeinen Rechtsreform macht technisch verhältnismäßig geringe Schwierigkeiten, sobald man sich sachlich darüber einig ist, was man will.

Auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und des Verfahrens mag allerdings eine Neuregelung der Ehescheidungsgerichte ohne Zusammenhang mit der bevorstehenden Gerichtsreform Bedenken begegnen. Auf diese Bedenken wird, um die Sache nicht vorläufig daran scheitern zu lassen, Rücksicht zu nehmen sein. Sie dürfen aber keinen Grund geben, die ganze Ehescheidungsreform hinauszuschieben. Solange wir nicht an das baldige Inkrafttreten einer allgemeinen Gerichtsreform glauben dürfen, wird es unsere Aufgabe sein, die Ehescheidungsreform an die bestehende Verfassung der Gerichte anzulehnen und die Verfassung der Ehescheidungsinstanzen und ihr Verfahren nur leicht durchführbaren Änderungen zu unterziehen, die die künftige grundlegende Änderung vorbereiten.

Wie aber werden wir uns sachlich einig?

Hier ist die Schwierigkeit der Aufgabe nicht viel geringer als vor der Revolution. In der

Vorbereitung ihrer Lösung liegt die Aufgabe aller, die an einer unverzüglichen Ehescheidungsreform Interesse nehmen. Wir müssen eine Lösung finden, die der Regierung den Mut gibt, an die Reform heranzugehen, ohne erschütternde Parteikämpfe und schließlich ein Begraben der ganzen Vorlage fürchten zu müssen.

Nach wie vor ist der Katholizismus und die Zentrumspartei, die ihn vertritt und sich in Regierung und Parlament in führender Stellung befindet, eine Macht, mit welcher die deutsche Regierung, der ganz andere Nöte als die Ehescheidungsreform auf die Nägel brennen, nicht ohne Not anbindet. Die Zentrumspartei wird für eine Scheidungsreform schwerlich zu haben sein, wenn sie nicht überzeugt werden kann, daß dadurch die Zahl der Scheidungen nicht über das Maß gesteigert wird, das unter dem geltenden Recht heute besteht und für die Zukunft zu erwarten ist. Nach wie vor ist dieser politische Gesichtspunkt auch sachlich begründet; denn es ist bereits oben gesagt, daß die allgemeine Überzeugung von der grundsätzlichen Lebenslänglichkeit der Ehe heute mehr als zuvor Erschütterungen ausgesetzt ist.

Damit ist der Ausgangspunkt bezeichnet, von dem aus wir, wenn wir die Sache wirklich fördern wollen, an die Scheidungsreform herantreten und die bisher in der Öffentlichkeit gemachten Vorschläge prüfen und bessern müssen. Radikalismus nach der einen oder anderen Seite mag hübsche Aufsätze und Reden geben, fördert aber die Reform nicht um einen Schritt, sondern begräbt sie in aussichtslosen Diskussionen.

Zwischen Unlösbarkeit der Ehe und hemmungsloser Scheidungsfreiheit gilt es, den richtigen Mittelweg zu suchen. Eine restlose Lösung dieses Problems ist von vornherein ausgeschlossen. Für scheidungsreife Ehen bedeutet jede Hemmung eine Zeit des Unglücks. Hemmungen müssen aber sein, um uns vor leichtfertigen Scheidungen so gut zu bewahren, wie vor leichtfertigen Heiraten.

Einen solchen Weg haben die nach Inkrafttreten des BGB. gegebenen Schweizer und Schwedischen Scheidungsgesetze und die Vorschläge gesucht, welche in den oben zitierten Schriften von anderen und von mir gemacht sind. Sie geben ein gutes Bild von dem Gegensatz der Meinungen, der auch unter maßvolleren Reformatoren des Scheidungsrechts besteht.

Auf diesen Vorschlägen aufbauend oder mich mit ihnen auseinandersetzend, entwerfe ich in meinem bereits oben erwähnten, demnächst in den Preußischen Jahrbüchern erscheinenden Aufsatz eine Gesetzesvorlage, stelle sie zur öffentlichen Diskussion und bitte alle, die die Sache fördern wollen, ihre abweichende, ergänzende oder zustimmende Meinung und möglichst präzise Vorschläge mir so rasch als möglich mitzuteilen oder zu veröffentlichen und mir einen Abdruck zuzusenden. Es wird dann aus den Einsendern und anderen, mit denen ich bereits in Verbindung stehe, ein Ausschuß gebildet werden, der möglichst unter Fühlung mit Politikern aller Parteien eine Vorlage abfaßt, die als Antrag an Reichsregierung und Reichstag weitergeleitet und durch die Presse verbreitet werden wird. Es ist zu hoffen, daß sich schon unter den Einsendern Angehörige aller Parteien finden und ihre politischen Verbindungen in den Dienst der Sache stellen werden.

Gelingt es so, eine maßvoll gehaltene Vorlage abzufassen, welche von vornherein von der Zustimmung sachkundiger und einflußreicher Kreise der verschiedenen Parteirichtungen getragen wird, so scheint mir das der Weg, um auf diesem heiklen Gebiet eine Reform rasch und reibungslos durch die gesetzgebenden Instanzen zu bringen.

Fortschritte und Hemmungen der freirechtlichen (soziologischen) Bewegung.

Von Rechtsanwalt Ernst Fuchs, Karlsruhe.

I. In der Allgemeinen Einleitung Anm. 37a nimmt die neue (10.) Auflage des *Staub*schen Kommentars zum HGB. (Bd. I S. 13/14) Stellung zur Freirechtsbewegung. Diese — im allgemeinen wohlwollende — Besprechung zeigt, wie sehr das wahre Wesen der soziologischen Rechtsschule noch immer verkannt wird. Die Ausführung gipfelt nämlich in folgenden Sätzen: In einem für die Praxis bestimmten Kommentar — gibt es auch andere? — könne auf die konstruktive Begründung jedenfalls nicht verzichtet werden. Dem Richter schreibe das Gesetz die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte vor und gebe ihm, besonders wenn diese Bestimmungen als Ausfluß eines das ganze Recht beherrschenden Grundsatzes auch auf die Auslegung der Gesetze angewendet werden (RG. 85, 108), die Möglichkeit sachgemäßer Entscheidungen. So werde der Richter zu einem wichtigen Förderer der Rechtsentwicklung, nicht aber die Rechtsprechung zu einer selbständigen Rechtsquelle.

Die freirechtliche Bewegung spielt sich zur wichtigeren Hälfte auf dem Gebiet der Wahrheitsforschung und der Rechtstatsachen ab. Sie beruht in der anderen Hälfte — dem Gebiet der Rechtsfragen i. e. S. — auf der Erkenntnis, daß sich Gesetz und Recht nicht decken, daß das lückenausfüllende, das Gesetz ergänzende und mit den sich unablässig fortbewegenden Verkehrsbedürfnissen fortschreitende Recht praeter legem (daher „frei“rechtlich) lebt, und daß es durch genaue Erforschung und Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen gefunden wird. Die Freirechtsschule hat in ihrem Kampfe gegen die Allgesetzlichkeitsvorstellung und gegen deren übertriebene formale Systemlogik niemals die sachlogische Konstruktion im guten, das gerechte und sachlich angemessenste Ergebnis suchenden Sinn bekämpft; sie richtet sich gegen die begriffsrealistischen Spitzfindigkeiten und Wortkünste der Formaljurisprudenz[1]). Hätte man sich, statt trefflich mit Worten zu streiten, auch nur an die zahlreichen Musterbeispiele gehalten, in denen ich die Entscheidungsgründe nach beiden Methoden je unter A. und B. unmittelbar einander gegenüberstellte, so wäre es unmöglich, daß der Kommentar in der Konstruktion im guten Sinn und in der Rechtsgewinnung nach Treu und Glauben und Verkehrssitte Gegensätze zur neuen Rechtslehre erblickte. Diese wurzelt auf dem Gebiet der Auslegung i. w. S. gerade in einer tieferen Erfassung des höheren Rechts der Freirechtsparagraphen 157, 242 BGB. Neuerdings hat der jetzt darin den anderen Senaten voranschreitende 3. ZS. des RG. in seinem Urteil v. 7. Juni 1921 (RG. 102, 274) für die brennende Frage der Einwirkung der großen wirtschaftlichen Umwälzung auf vorher geschlossene Lieferungsverträge die modernrechtliche Lehre dahin geformt:

> „Bei der Rechtsprechung auf diesem Gebiet müssen in erster Linie die *wirtschaftlichen* Interessen berücksichtigt werden und das Recht muß ihnen, soweit es nur irgend möglich ist, *elastisch angepaßt* werden. Nur so kann die Rechtsprechung ihrer wahren Aufgabe gerecht werden, dem praktischen Leben, also den *Lebensbedürfnissen und den Lebenserfordernissen zu dienen* . . . Die vermißte objektive Grundlage wird durch die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB.) geschaffen“.

Die vom Kommentar hervorgehobenen Gegensätze zur soziologischen Rechtsschule bestehen also gar nicht. Diese lehrt für die Auslegung *aller* Gesetze, was § 4 RAbgO. für die Auslegung der Steuergesetze ausspricht: es sei dabei „der Zweck der Gesetze, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen“. Und doch will das grobe und oft widerlegte, aus dem falsch verstandenen Namen „Freirechtsschule“ oberflächlich abgeleitete Mißverständnis nicht aussterben, als leugne diese die verbindliche Kraft der Gesetze. Nur aus diesem schweren Irrtum heraus begreift sich die Meinung des RFH. (Samml. IV, 52), der § 4 RAbgO. wolle *nicht* die Gedanken der Freirechtsschule verwirklichen, während gerade diese Norm in Wahrheit — trotz der schiefen Bemerkung eines Regierungsvertreters — ein echtes Kind dieser Bewegung ist und gar nichts anderes besagt, als die Anwendung des § 242 BGB. auch auf das Gesetz zur Gewinnung eines „gerechten und verständigen“ Urteils. Das RG. hat von diesem Boden aus schöpferisch tausendfach neue Rechtssätze gewonnen und sehr häufig dabei ausdrücklich das „Verkehrsbedürfnis“ als seinen Entscheidungsgrund bekannt. Beispiele aus neuester Zeit: bei der außervertragsmäßigen Sorgfaltspflicht des Rollfuhrunternehmers (RG. 102, 38[10] = JW. 1921, 1315[10]) und bei der Lösung des Formzwangs aus § 313 BGB. für nachträgliche Vereinbarungen zur Beseitigung einer bei der Abwicklung unvorhergesehen hervorgetretenen Schwierig-

---

[1]) Daß auch der vortreffliche *Staub*sche Kommentar nicht davon frei ist, dafür verweise ich auf meinen demnächst in der DRZ. erscheinenden Aufsatz „Zur Benutzung der Kommentare“.

keit (LZ. 1921, 493[3]). Ebenso irrig hat der RFH. (V 305) den allgesetzlichen, romanistischen Lehrsatz aufgenommen, daß „eine Auslegung unter Heranziehung anderer Hilfsmittel und demgemäß eine Anwendung von § 4 RAbgO. grundsätzlich dann überhaupt nicht in Frage kommen kann, wenn die betreffende gesetzliche Bestimmung in sich selbst lückenlos und zweifelsfrei ist". Nach diesem allgesetzlichen Irrsatz wäre bei klar abgefaßten Gesetzen der ganze RFH. überflüssig. Die Wiederholung jenes längst als falsch nachgewiesenen Satzes ist verwunderlich angesichts des seit anderthalb Jahrzehnten von der Freirechtsbewegung und in den Beiträgen Fritz Mauthners zur Kritik der Sprache vorgeführten gewaltigen Stoffs. Der Satz — bekanntlich ein altes Inventarstück der zu Grabe gehenden Formaljurisprudenz — ist allerdings auch ab und zu vom RG. ausgesprochen worden, letztmals zur Gewinnung der falsch-buchstäblichen Auslegung der Worte: „bis nach dem Krieg" (JW. 1919, 102[2]): „Für eine Auslegung ist gar kein Raum, wenn die Erklärung durchaus klar und eindeutig ist." Heck sagt in der Fußnote dazu: „Diese Lehre ist heute wohl allgemein aufgegeben." Man halte jener Klaren-Wortlauts-Entscheidung als Gegenstück folgendes neueste Erkenntnis des RG. gegenüber: Im Vertrag war — wie während des Kriegs häufig, zumal in Vergleichen — auf den Zeitpunkt abgestellt, „in welchem der Frieden mit England, Frankreich, Italien, Rußland und Nordamerika geschlossen sein wird". Das BG. legt diese Worte trotz ihrer äußerlichen Eindeutigkeit dahin aus, daß schon der tatsächliche Eintritt des Friedenszustandes, also ohne Friedensschluß, genüge. Die Revision wandte ein, dies sei mit dem Wortlaut unvereinbar, „der bei seiner ausgesprochenen Klarheit eine Deutung überhaupt nicht zulasse". Das RG. (JW. 1921, 1455[3]) weist dies zurück, weil mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Erwägung, von der sich die Vertragschließenden haben leiten lassen, „eine Auslegung der Vertragsbestimmung über den Wortlaut hinaus (vom RG. gesperrt) geradezu notwendig" sei. Die Auslegung nach Sinn und Zweck macht vor den klarsten Worten nicht halt. Das ist durch § 133 BGB. geboten, der — wie der RFH. (IV, 46) anerkennt — auch für die Auslegung von Gesetzen gilt. Jener Satz des RFH. erinnert an den bekannten Fall, wo zwei fremdwortsüchtige Vertragsteile „inclusive" in einen Vertrag schreiben und damit „ausschließlich" meinen. Ich mache mich verbindlich — ohne die, die unablässige Ergänzung des eingefangenen geschriebenen aus dem endlosen ungeschriebenen Recht nur verdeckenden Fälle der allgemeinen Arglisteinrede zu Hilfe zu rufen —, innerhalb einer Stunde einige Dutzend Fälle vom Gegenteil des wieder vom RFH. verkündeten vermeintlichen Auslegungsgrundsatzes aufzuzeigen. Zwei Beispiele statt hunderter:

Erstens. Der § 67 HGB. beginnt mit den Worten: „Wird durch Vertrag eine längere oder kürzere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Teile gleich sein." Und er endigt mit den Worten: „Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig." In aller Welt gibt es nichts „in sich selbst Lückenloseres und Zweifelsfreieres" als diese Sätze. Die Wortlautjurisprudenz hätte sich daran angeklammert und auf eine Novelle verwiesen. Das RG. (68, 317) sagt dagegen: der wahren Absicht des Gesetzes entspreche allein eine Auslegung, welche nur eine solche dem Gehilfen ungünstige Vertragsbestimmung für nichtig erklärt; denn nur zu seinem Schutz sei die Vorschrift getroffen, nicht zum Schutz des Kaufherrn.

Zweitens: Ein merkwürdiger Zufall wollte es, daß in derselben Nummer der JW., in der jener falsche Lehrsatz des RG. steht, ein ungefähr um dieselbe Zeit erlassenes Urteil desselben 5. ZS. abgedruckt ist, das jenen Satz widerlegt. Nach § 538 Nr. 3 ZPO. muß das Berufungsgericht, insofern noch eine weitere Verhandlung erforderlich ist, die Sache an die erste Instanz zurückverweisen, wenn im Fall eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden „oder die Klage abgewiesen ist". Das RG. wendet diese Bestimmung aber nicht an, wenn das LG. die Klage deshalb abgewiesen hat, weil ein Schaden nicht entstanden oder nicht nachweisbar sei. Es legt die lückenlosen und in sich klaren Schlußworte nach Sinn und Zweck so aus, als lauteten sie: „oder die Klage lediglich deshalb abgewiesen ist, weil der Anspruch seinem Grunde nach für nicht gerechtfertigt erachtet wurde" (JW. 1919, 108[12]).

Mit der blinden Hochachtung des klaren Wortlauts von Gesetz und Vertrag ohne Rücksicht auf Zweck und Ergebnis kann man bei der erstaunlichen Schwäche der menschlichen Sprache und der wundervollen Mannigfaltigkeit der nie rastenden Lebensverhältnisse und Verwicklungen im Rechtsleben so wenig auskommen, wie im Staatsleben und in der Politik mit dem bekannten „Hochhalten" des Parteiprogramms.

Ein leerer Wortstreit ist es, ob man die dem Verkehrsbedürfnis entspringende schöpferische Lückenausfüllung, Ergänzung und Fortbildung des Rechts als „Förderung der Rechtsentwicklung" bezeichnet, oder ob man das Verkehrsbedürfnis und die dieses erkennende und formende schöpferische Rechtswissenschaft und Rechtsprechung selbst als „Rechtsquellen" benennt. Windscheid freilich meinte, nur das geformte Recht — Gesetz und Gewohnheitsrecht — sei „Rechtsquelle". Er verwechselte dabei die Wöchnerin, das Verkehrsbedürfnis, dem er die Eigenschaft als Rechtsquelle absprach, mit dem Kind, dem neu zu formenden Richterrechtssatz, wähnte aber, die anderen verwechselten die Wöchnerin mit der Hebamme.

Denen, die noch immer den Durchbruch einer neuen juristischen Ära leugnen, hat nunmehr der oberste Gerichtshof ein Leuchtfeuer angezündet, indem er dem „leeren Formalismus" feierlich den Laufpaß gibt. Der 4. ZS. hatte am 10. März 1902 (JW. 1902, 213[3]) es unter Berufung auf das „muß" des § 70 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. für ungenügend erklärt, daß ein Streitverkündeter sich für seinen Beitritt als Streitgehilfe einfach auf die Streitverkündung berufe. Dabei ist ein Urteil des RG. v. 22. April 1897 angeführt, das dies schon ausgesprochen hatte. Die Kommentatoren und Untergerichte haben sich dem all die Jahre her stumm unterworfen (vgl. Stein Anm. II zu § 70 ZPO.). Das RG. hat jetzt in dem Urteil des 2. ZS. v. 14. Juni 1921 (RG. 102, 278) entgegengesetzt erkannt. Es betrachtet dabei das verflossene Zeitalter der Formaljurisprudenz für so überwunden, daß es den unter ihrer Herrschaft von anderen Senaten ausgesprochenen entgegengesetzten Rechtssatz „nicht mehr" (!) für geeignet erklärt, die Vereinigten Zivilsenate anzurufen. Denn: das RG. sei in stets steigendem Maß dazu übergegangen, die ZPO. als Zweckmäßigkeitsnorm zu behandeln und auch ihre Form- und Mußvorschriften einer freien Auslegung zu unterziehen". Diese Entscheidung bekennt zunächst die eigene freirechtliche Weltanschauung; denn nicht nur die ZPO., sondern alles Recht ist, wie seit Ihering Allgemeingut geworden, in einem gewissen tieferen Sinn Zweckmäßigkeitsnorm. Außerdem aber bringt sie eine, höchstes Aufsehen zu erregen geeignete Außerordentlichkeit. Es liegt nämlich hier nicht der bekannte horror pleni vor, der mehr oder weniger gekünstelt die Voraussetzung für Einholung der Plenarentscheidung, nämlich völlige Gleichheit der Rechtsfrage, leugnet und als nicht gegeben begründet. Wäre nur die Entscheidung vom Jahre 1897 vorgelegen, so hätte z. B. im Geist jener Plenumscheu gesagt werden können, die ZPO. sei inzwischen, durch ihre seit 1900 gültige Gestalt, so geändert worden, daß sie als neues Gesetz zu betrachten sei. Angesichts der Entscheidung vom Jahre 1902 aber betont das RG., es handle sich um eine unter der Herrschaft des jetzigen Gesetzes ergangene entgegengesetzte Entscheidung genau der nämlichen Rechtsfrage. Der horror pleni wird also hier offen verschmäht. Läge nun nicht etwas Außerordentliches vor, so wäre damit einer der allerwichtigsten Grundpfeiler des Rechts- und Verfassungslebens umgestürzt: „Niemand kann seinem ordentlichen Richter entzogen werden" (§ 16 S. 2 GVG.; Art. 105 S. 2 RV); denn die Vereinigten Zivilsenate sind in einem solchen Fall der „ordentliche Richter". Ihre wissentliche Nichtanrufung wäre, ohne jenes Außerordentliche, zugleich das schwere, mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bedrohte Verbrechen der Rechtsbeugung (§ 366 StGB.). Was ist nun dieses Außerordentliche? Seit jener Entscheidung von 1902 ist durch den immer deutlicher werdenden „Zug der Rechtsprechung" (RG. 79, 312) ein jene Entscheidung überholendes Gewohnheitsrecht durch Gerichtsgebrauch geschaffen worden. Der Gerichtsgebrauch stellt die Hauptform, vielleicht die einzige Form dar, in der sich heutzutage Gewohnheitsrecht bildet. Diese Bildung selbst wäre an sich noch nichts Außergewöhnliches; Gewohnheitsrecht durch ständigen Gerichtsgebrauch (Richterrecht) findet man auch bei unserem BGB. hundertfach. Das Außerordentliche liegt vielmehr darin, daß das Gewohnheitsrecht

hier nicht einen bestimmten Rechtssatz zum Inhalt hat, sondern einen ganzen neuen Rechtsgeist, eine neue Rechtsfindungsart, die damit richtig als die einzig wahre und rechtstreue erkannt ist. Diese Entscheidung des RG. mit ihrem „nicht mehr" ist epochal: sie verkündet auf dem Rechtsgebiet i. e. S. feierlich den Sieg der neuen Lehre.

Dieser Sieg bedeutet aber noch nicht das Ende des seit anderthalb Jahrzehnten tobenden Kriegs der soziologischen Rechtswissenschaft gegen die philologische Formaljurisprudenz. Es ist nur die Entscheidungsschlacht geschlagen, der Kampf geht weiter, vor allem auf dem wichtigsten Gebiet, dem BGB. Hier muß — wie auf dem noch ganz toten Gebiet der juristischen Wahrheitsforschung — der neue Boden noch vielfach Schritt für Schritt heiß erkämpft werden. Das hängt mit dem ganzen Gepräge unseres BGB. zusammen. Wer aus wissenschaftlichem Interesse das Entstehen seiner Sätze verfolgt, der findet das Wort von Partsch (Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität) bestätigt: Hunderte der Sätze des Gesetzbuchs seien nicht dem Leben abgelauscht, sondern abstrakte Dogmen und Spitzfindigkeiten des justinianisch-byzantinischen Rechts. Die modernen deutschen Freirechtstheoretiker, meint Partsch, hätten das ganz richtig hervorgehoben. Der Katalog solcher Anleihen gehe über alles hinaus, was sich der heutige Kommentator des BGB. träumen lasse. Innerlich hätten schon die Postglossatoren vielen römischen Rechtssätzen freier gegenübergestanden, als nachmals die deutsche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts. Man müsse das römische Rechtsstudium aber gerade auch deshalb beibehalten, nicht bloß für die Gelehrten, damit sie den Einfluß der scholastischen Dogmatik auf unser BGB. erkunden, sondern auch für den Rechtsjünger. Deshalb kämpfe die moderne Freirechtbewegung, insofern sie gegen das römische Recht auf den Universitäten zu Feld ziehe, in Wirklichkeit mit falscher Front; denn je tiefer wir in diese historischen Dinge eindrängen, desto freier würden die Anfänger und wir selbst gegen den Zwang der alten Scholastik. Welche Selbsttäuschungen! Als ob je ein Anfänger auch nur versucht hätte, in diese abgestorbene Welt einzudringen! Und als ob die Freirechtler erst die Papyrologie hätten studieren müssen, um die Rechtsnaturwidrigkeit der Pandektologie und die Volksfremdheit unseres pandektologischen BGB. zu erfassen! Das ist alles selbst genau so scholastisch gedacht, als wollte man vom Heilkundigen verlangen, daß er sein Studium damit beginne, sich emsig in die galenische Medizin einzuarbeiten, oder vom Naturforscher oder Astronomen, daß er mit gelehrten Studien im aristotelischen Schrifttum anfange. Oder als müßten wir, nachdem die alten Gründe für die Schulherrschaft der toten Sprachen ihren Kurs verloren, diese noch deshalb betreiben, um dahinter zu kommen, warum so viele Gelehrte so schlecht und verwelscht deutsch schreiben, und warum insbesondere das Juristendeutsch noch immer Schachtelhalm-Ungetüme erzeugt, wie neuestens wieder in dem, mit einem 116 wortigen Bandwurmsatz anhebenden Lederriemenurteil (JW. 1921, 1545, 20). Die Scholastik hat nicht bloß, wie der Gelehrte meint, in der Rechtswissenschaft länger gedauert, als in anderen Wissenschaften, sondern sie haust bei uns heute noch, und diese zur gelehrten Altertumskunde gehörige Wissenschaft des Nichtwissenswerten soll jetzt durch die Papyrusforschung einer Art Steinachkur unterzogen werden. Unter Scholastik versteht Partsch nur die schulmäßige Erklärung eines klassisch gewordenen Textes — der Bibel, des Aristoteles, des Thomas von Aquino oder des corpus juris —, den Aufbau einer Begriffswelt aus Gedanken dieses Textes und die Gewinnung von Leitsätzen aus dem historischen Text. Das ist aber nicht alles. Zur Scholastik, die zwischen uns und die unmittelbare induktive Beobachtung unserer Rechtswelt eine andere Welt, nämlich eine antiquarisch-philologische Gelehrsamkeit einschiebt, gehört auch der von ihm gepredigte Historismus selbst. Auch der papyrologisch aufgewärmte Romanismus ist juristisch eine ungeheure Kraftvergeudung. In unseren Juristenfakultäten wird die Scholastik und die historische Krankheit erst dann verschwinden, wenn sie zu ahnen beginnen, daß eine richtige Zeugenvernehmung und Würdigung etwas Juristischeres und Vornehmeres ist, als der ganze antiquarische Krimskrams. Dann wird sich die juristische Forschung auf der Universität endlich unserer Wirtschaft, unseren Rechtstatsachen und unseren Problemen zuwenden. Die historische Krankheit, „die uns zum Leben, zum richtigen und einfachen Sehen und Hören, zum glücklichen Ergreifen des Nächsten und Natürlichen, verdirbt und der alles wahrhaft Produktive anstößig ist", führt uns dazu, den jungen Mann „mit einem Wissen um die Bildung, nicht mit einem Wissen um das Leben, noch weniger mit dem Leben und Erleben selbst beginnen zu lassen. Es ist ganz dieselbe wahnwitzige Methode, die unsere jungen bildenden Künstler in die Kunstkammern und Galerien führt, statt in die Werkstätte eines Meisters und vor allem in die einzige Werkstätte der einzigen Meisterin, der Natur." (Nietzsche, Vom Nutzen und Nachteil der Historie fürs Leben.) Die unheimliche Herrschaft der Toten über die Lebendigen muß endlich auch in unserer Wissenschaft zerbrochen werden. Die Gottheit, sagte Goethe am 13. Febr. 1819 zu Eckermann, ist wirksam im Lebendigen, aber nicht im Toten, sie ist im Werdenden und sich Verwandelnden, aber nicht im Gewordenen und Erstarrten.

II. Zum 25. Geburtstag unseres BGB. hat Rabel (DJZ. 1921, 516 ff.) von den überheblichen Verächtern von Windscheid, Planck und Sohm gesprochen, der Väter des BGB., eines Gesetzbuchs, von dem er selbst bei allen Lobeshymnen gleichzeitig ehrlich zugeben muß, es sei kein Wort zu verlieren über seinen abstrakten Kasuismus, seine pedantische Gelehrsamkeit und seinen unerquicklichen Scharfsinn. In einem Atem damit spricht er davon, in den nüchternen Sätzen des europäischen Privatrechts ruhe der Niederschlag von Jahrtausende alten Erfahrungen der Völker, unendlich geprüfter philosophisch feiner Lebensweisheit. Zu diesem „europäischen" Recht würde danach jedenfalls das BGB. großenteils nicht gehören. Denn zahlreiche seiner Sätze sind nicht Niederschlag der Erfahrungen der Völker. Zahlreich sind sie einfach aus den Pandektenlehrbüchern herübergenommene falsche byzantinische Lehrmeinungen. Außerdem wimmelt es in den Vorarbeiten von formal-juristisch, rein nach der formal-konstruktiven sog. Rechtslogik begründeten Anträgen und Unteranträgen, die heute mit knapper Mehrheit angenommen, morgen umgeändert oder gestrichen wurden.

Wie zäh die alte, durch die Fassung des BGB. noch verstärkte, scholastisch-romanistische Rechtsbehandlung an uns haftet, das zeigte zuletzt der heftige Streit um das richtige Recht hinsichtlich der Einwirkung der Wirtschaftsumwälzung auf Lieferungsverträge. Welcher ungeheuerliche Kraftaufwand war nötig, bis sich hier die wahre Rechtsauffassung gegen die starre Begriffsjurisprudenz Bahn brach! Wurde doch das, nach seinem besonderen Sachverhalt jetzt allgemein als richtig, ja als allein möglich erkannte bekannte Gestaltungsurteil des RG. v. 21. Sept 1920 (RG. 100, 130 = JW. 1920, 961) leidenschaftlich als Anmaßung einer gesetzwidrigen Richterallmacht angegriffen, und der Herausgeber der DRAZ. (1920, 98) stieß dazu den denkwürdigen Wehruf aus: „Man gibt sich in die Irrgänge der Rechtslehre von Ernst Fuchs, die seither vom RG. im allgemeinen gemieden wurden." (!)[2]

Ein besonders bedeutsames Beispiel für die Hemmungen und Widerstände einer freieren Rechtsfindung bietet neuerdings die Entsch. des RG. 2. ZS. v. 24. Mai 1921 (JW. 1921, 1311[5]) zur Frage der Folgen unseres Währungszusammenbruchs auf die Bemessung des Verzugsschadens bei Geldforderungen (vgl. die früheren Urteile aus diesem Gebiet: RG. 96, 265 = JW. 1920, 43; RG. 98, 164 = JW. 1920, 637; JW. 1920, 704). Der Fall ist der: Ein Rotterdamer Haus hatte im Herbst 1912 einer in Deutschland ansässigen Firma größere Mengen Kaffee für einen in Reichsmark bestimmten Preis verkauft. Vor Kriegsausbruch verklagte die holländische Firma die deutsche auf Abnahme eines Teiles der Ware und Zahlung von 9697,53 M. Dann aber begehrte sie nach Vornahme des Selbsthilfeverkaufs Zahlung

---

[2]) Damit vergleiche man die Feststellung von Hedemann in seiner prächtigen Prorektoratsrede über das bürgerliche Recht und die neue Zeit (Jena 1919): Die Freirechtsbewegung habe „einen nicht mehr bestreitbaren vollen Sieg errungen". Bei dieser Gelegenheit berichtige ich ein irriges Zitat Rabels (JW. 1921, 1598), der mich „bereits zwei Umwälzungen im Jahre 1919 und namentlich nochmals um die Jahreswende 1919/20 berechnen" läßt. Ich spreche an jener Stelle (LZ. 1921, 485) nur von im Ganzen zwei außerordentlichen Umwälzungen: die erste trat bekanntlich nach dem Kriegsverlust und der Revolution ein; die zweite, um die Jahreswende 1919/20 eingetreten, war noch viel größer, wie dort ziffernmäßig belegt ist. Auch habe ich dort ausdrücklich hervorgehoben, daß die Tatfrage einer solchen erneuten tiefgreifenden Umwälzung Gegenstand des Beweises und nicht der Rechtsfrage ist.

des Unterschieds zwischen Vertragspreis und Erlös mit 3918,12 ℳ. Die Bekl. bestritt ihre Verpflichtung. Das Verfahren wurde darauf ausgesetzt. Nachdem es wieder aufgenommen war, behauptete die Kl., sie habe im Jahre 1914 auch die restlichen Ballen durch Selbsthilfeverkauf veräußert, der von der Bekl. geschuldete Unterschied betrage hierfür 29495,17 ℳ. Nach der inzwischen eingetretenen Entwertung der Mark müsse aber die Schuld in Gulden zum Vorkriegskurs von 1,70 ℳ für den Gulden umgerechnet werden, was 19948,70 Gulden ergebe. Sie begehrte nunmehr diesen Guldenbetrag oder den entsprechenden Betrag in Mark zum Kurs des Zahlungstags. Das ergäbe heute, wo ich dies niederschreibe, über 4 Millionen Mark! Bevor das LG. auf den Streit der Parteien im übrigen einging, wies es durch Teilurteil die Klage insoweit ab, als Zahlung in holländischen Gulden oder der dem Kurs zur Zahlungszeit entsprechende Markbetrag verlangt wurde. Die Berufung der Kl. gegen dieses Urteil wurde vom OLG. Cöln zurückgewiesen, ihre Revision dagegen hatte Erfolg. Das RG. erklärt den Anspruch als Verzugsschaden nach § 288 Abs. 2 BGB. für begründet und verweist die Sache zur Prüfung zurück, ob aus anderen — nicht genannten — Gründen der Schadensersatzanspruch unbegründet sei. Nußbaum hält in der Fußnote diese Entscheidung für richtig und erfreulich, ich halte sie für einen schweren Rückfall in die alte Formaljurisprudenz.

1. Schaden. Das RG. geht anscheinend mit dem BG. einfach davon aus, es sei ohne weiteres anzunehmen, daß die Kl. das rechtzeitig gezahlte deutsche Geld in ihre eigene Währung umgesetzt oder doch sicher von Deutschland zurückgezogen hätte, bevor die Mark ihren tiefsten Stand erreichte. Bei den regen Handelsbeziehungen zwischen Holland und Deutschland ist es aber doch ebenso möglich, sogar naheliegend, daß das holländische Haus das deutsche Geld bei rechtzeitiger Zahlung zu Zahlungen in Deutschland verwertet oder es zu Spekulations- oder Geschäftszwecken bei ihrer deutschen Bank stehen gelassen hätte (vgl. v. d. Trenck, Bankarchiv 19, 115; Hirsch, Goldschm. Ztschr. 85, 216). Dann würde es jetzt einen ungeheuren, durch nichts gerechtfertigten Gewinn aus unserem Elend ziehen. Es muß deshalb unter allen Umständen vom Ausländer der auf Grund seiner Bücher usw. führbare Beweis verlangt werden, daß er tatsächlich das deutsche Geld in holländische Währung umgesetzt hätte, er kann nicht einfach „umrechnen“.

2. Verschulden. Unser starres BGB. nimmt beim Schadensersatzumfang überhaupt keine Rücksicht auf den Grad der Verschuldung. (Vgl. dagegen z. B. das zu 3 besprochene schweizerische Recht; auch der neueste Entwurf eines BGB., nämlich der des ungarischen Gesetzbuchs § 882 Abs. 2 verlangt für außerordentlichen Schaden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.) Unsere fanatische Begriffsreinheit geht so weit, daß das RG. selbst da, wo vom Gesetz ausdrücklich „billige“ Entschädigung vorgesehen ist, wie beim sog. Schmerzensgeld (§ 847 BGB.), den für die „Billigkeit“ nach menschlicher, natürlicher Auffassung in allererster Linie stehenden Grad des Verschuldens bei der Bemessung überhaupt nicht in Betracht ziehen läßt (RG. BayZRPfl. 1910, 218). Die Kommentare und die Praxis beten diese greifbar falsche Sophisterei leider meist kritiklos nach. Aber ein Verschulden überhaupt — wenn auch kein grobes — ist nach § 285 BGB. für den Verzugsschaden auch bei einer Geldforderung Voraussetzung, es sei denn, daß der Verzug seinen Grund in der Mittellosigkeit des Schuldners habe (§ 279 BGB.). Nur für die Prozeßzinsen gilt die Ausnahme des § 291 BGB. Nicht mitgeteilt ist in der veröffentlichten Entscheidung, aus welchen Gründen die Bekl. ihre Verpflichtung überhaupt bestritt. Sollten diese Gründe als nicht stichhaltig erkannt werden, so kann doch nicht gesagt werden, daß die Prozeßführung unter allen Umständen eine Verletzung der im Verkehr nötigen Sorgfalt darstelle: Auch wenn bei der Bestreitung ein Rechtsirrtum mitspielte, kann er entschuldbar sein. Zu allgemein sagt das RG. (92, 380): wenn die gegenteilige Rechtsmeinung durchdringt, habe der Bekl. die Folgen der Nichtleistung zu tragen. Das gilt außer für die Prozeßzinsen — wo es am Platze ist, da diese bürgerlichen Früchte sonst regelmäßig in der unrichtigen Tasche blieben — nur noch für die Prozeßkosten (§ 91 ZPO.), für die es in dieser Allgemeinheit keineswegs natürlich ist. Der englische Richter kann auch bei völligem Obsiegen einer Partei die Kosten verteilen, z. B. mit der Begründung, „daß ihm von allen Parteien und ihren Rechtsbeiständen gleich gute Hilfe bei der Urteilsfindung gewährt worden sei“ (HansRZ. 1921, 694). Man darf es allerdings mit der Entschuldigung des Prozessierens für den Unterlegenen nicht leicht nehmen, aber eine objektive Schadenshaftung dafür stellt unser Gesetz nicht auf (RG. 21, 73). Wenn Verschulden nicht vor Kriegsausbruch eintrat, so daß von da ab auch der Zufall mit dem Schuldner heimgeht (§ 287 BGB.), ist weiter folgendes zu beachten: Während des gesetzlichen Zahlungsverbots ins Ausland war der Schuldner nur durch einen in der Person des Gläubigers liegenden Umstand an Zahlung verhindert und Hinterlegung war nur sein Recht, nicht seine Pflicht. Während dieser Zeit lag also sicher kein Verschulden vor (vgl. Nußbaum JW. 1920, 15).

Nach dem Schlußsatz der besprochenen Entscheidung (über die Rückverweisung) ist wohl anzunehmen, daß die Verschuldensfrage noch offen ist.

3. Ursächlicher Zusammenhang und Schadensumfang. Nicht entscheidend für die Auslegung, aber lehrreich für die vorhin gekennzeichnete Art, wie unser BGB. abgefaßt wurde, ist die Entstehungsgeschichte des § 288 Abs. 2 BGB. nach den Motiven (Mugdan II 34), den Protokollen (Mugdan II 511 und 537) und im Reichstagsausschuß (Mugdan II 1273/74). Es ist hier nicht der Raum, darauf näher einzugehen. Man schwankte hin und her, ob man nicht den Schuldner vor Schadensersatzansprüchen von einer alle Erwartungen übersteigenden Höhe ausdrücklich schützen müsse. Man strich aber eine solche Bestimmung wieder, die den „außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit liegenden Schaden“ vom Ersatz ausschloß. Für den Strich verwies man u. a., in zum Teil unklarer und widerspruchsvoller Weise, auf die Art. 1119, 1121 (jetzt 104 und 106) des SchweizOblR., von denen der letzte unserem § 288 Abs. 2 BGB. entspricht. Der Art. 99 SchweizOblR. verweist für das Maß der Haftung bei vertragswidrigem Verhalten auf die entsprechenden Bestimmungen bei unerlaubten Handlungen, und diese besagen in Art 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 2:

> „Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen hat“. — „Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grund die Ersatzpflicht ermäßigen!“

In der Botschaft des Schweizer Bundesrats v. 1. Juni 1909 heißt es mit Bezug auf die Streichung des alten Art. 116, der — außer bei schwerem Verschulden — auf die Voraussehbarkeit des Schadens abgehoben hatte: „Die Rücksicht auf die Voraussehbarkeit des Schadens bei Eingehung des Vertrags wird damit keineswegs beseitigt, sondern ist in der Verweisung auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die Umstände des Falls in genügender Deutlichkeit mit enthalten.“

An den Vorsitzenden der Reichstagskommission zur Beratung des BGB. schickte ich damals den § 15 Abs. 1 des Badischen Gesetzes v. 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen:

> „Bei Feststellung der Entschädigung nimmt der Richter Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse auch des Schuldigen, sowie auf die Größe seiner Verschuldung, namentlich auf das Dasein von Vorsatz oder bloßer Fahrlässigkeit und auf den Grad der Bosheit oder Unvorsichtigkeit“ usw.

Ich wies ihn auf unser BadLR. (Code civil) Sätze 1150, 1151 hin, die bei Fahrlässigkeit nur für voraussehbaren Schaden, bei vorsätzlicher Vertragsverletzung nur für die „unmittelbaren und natürlichen“ Folgen einstehen lassen. Ich beschwor ihn, die Verhinderung des ungeheuren sozialen Rückschritts zu erstreben, die uns durch das auch hierin rein begrifflich-abstrakte BGB. drohe. Es war umsonst. Aber das Natürliche ringt sich doch durch, wenn auch in jahrelangem Kampf und verhüllt (kryptosoziologisch). Auch unser Richter verurteilt im Umfang weitherziger einen dolosen Krösus, als einen leichtfahrlässigen armen Teufel, er darf es aber nicht sagen. Und auch bezüglich des ganz außergewöhnlichen, außerhalb jeder Berechnung liegenden Schadens hat unser Richterrecht den Begriff des „adäquaten Zusammenhangs“ ausgebildet, womit die Vernunft gesiegt hat. „Die Zurechenbarkeit wird dann zu verneinen sein, wenn sich der schädliche Erfolg nur wegen Verquickung ganz besonderer Umstände hat einstellen können, oder wenn bei der Rückschau

anzunehmen ist, daß zur Zeit der Tat der Erfolg nach allgemeinem Erfahrungswissen gar nicht zu erwarten oder gar nicht voraussehbar gewesen war" (RGRKomm. Vorbemerk. 3 vor § 249 BGB.). Das „Adäquate" ist ein Fremdwort für das „der Natur der Sache Entsprechende" (RG. 77, 89), und so haben wir durch dieses prätorische Recht doch die „natürliche" Begrenzung, obschon sie von den Verfassern des BGB. im bewußten Gegensatz zu dem französischen und schweizerischen Recht abgelehnt wurde (Mugdan, Motive II 11). Dabei ist das Wesentliche nicht die Unvorhersehbarkeit — die für sich allein nicht genügt —, sondern das ganz Außergewöhnliche der Ereignisse und des Maßes. Der in der Geschichte aller Völker einzig dastehende Weltkrieg und Gewaltfrieden mit ihren Folgen sind aber für einen vor dem Krieg geschlossenen und nicht erfüllten Vertrag der Gipfel des „Nichtadäquaten". Selbstverständlich ist nicht erforderlich, daß der Schuldner gerade die besondere Folge voraussehen konnte, er mußte aber vernünftigerweise ihren Eintritt der Art nach in Betracht ziehen können. Bei einer ungeheuren Veränderung des Maßes schlägt das Maß in die Art um[3]). Genau so, wie es bei den vor einer solchen völligen Umwälzung geschlossenen Werklieferungsverträgen in der bekannten Rechtsprechung anerkannt ist. Auch dort hat man uns mit Klagen aus dem Ausland schrecken wollen, bis sich ergab, daß das Ausland — zum Teil durch besondere Gesetze (vgl. für Frankreich: DJZ. 1921, 546) — nach gleichen Rezepten verfährt. In unserem Fall handelt es sich nicht um den gewöhnlichen Kursverlust als Verzugsschaden, der innerhalb vernünftiger — gar nicht zu eng zu steckender — Grenzen ersatzmäßig ist, sondern um die alles Maß übersteigende Folge der Weltkatastrophe und der mit ihr zusammenhängenden Ereignisse. Daß wir den Punkt, wo das Unzumutbare anfängt, nicht mathematisch genau angeben können, ist sowenig hier wie sonst — z. B. bei § 138 Abs. 2 BGB. — ein Beweisgrund (vgl. meine Ausführung darüber in „Vertragstreue und Shylockismus", LZ. 1921, 481).

Der Ausländer darf bei uns um kein Haar im Recht schlechter behandelt werden, als der Deutsche, aber auch nicht besser. „Sei nicht allzugerecht, sie denken nicht edel genug, zu sehn, wie schön dein Fehler ist." Das RG. verteidigt sich dagegen, daß es den Ausländer bevorzuge. Würde ein deutscher Gläubiger nachweisen, sagt es, daß er ihm geschuldetes Geld bei pünktlicher Zahlung in fremde Währung umgesetzt hätte, so stünde ihm der gleiche Anspruch zu. Das beweist aber nichts. Bei der unerhörten Spannung geschähe eben dann das gleiche Unrecht. Die deutsche Rechtskrankheit der Begriffsjurisprudenz hat hier das RG. dazu verführt, unser auf Friedenswirtschaft gemünztes Recht auf eine völlig veränderte Wirtschaftswelt formallogisch anzuwenden, selbst wenn wir dadurch vernichtet würden. Das OLG. Cöln hatte ganz richtig gesehen, daß die Bestimmung des nachgiebigen § 288 Abs. 2 BGB. Fälle im Auge gehabt hat, wie den, daß wegen der unterbliebenen Zahlung ein bestimmtes Geschäft ausgelassen oder das Geld dazu anderweit zu ungünstigeren Bedingungen beschafft werden mußte u. dgl. Keine von beiden Parteien hat aber an eine solche ganz ungeheuerliche Haftung infolge nichtrechtzeitiger Zahlung einer Schuld bei deren Eingehung auch nur im Traum denken können. Kein ausländisches Gericht in der ganzen Welt — auch kein holländisches — hätte im genau entsprechend umgekehrten Fall eine so ungeheuerliche „Umrechnung" zugelassen, noch mit Recht zulassen dürfen.

Angesichts der um sich greifenden papyrologischen Mumienverehrung, die den abgelebten Romanismus durch eine fadenscheinige Ersatzbegründung galvanisieren möchte; angesichts der Totenstarre der juristischen Psychologie, die die meisten Zivilprozeßlehrer in „unbekümmerter Sachunkunde" links liegen lassen, um sich statt dessen zu einer Vereinigung zwecks Verhütung des Verfalls der Lehrstühle für Zivilprozeß zusammenzutun; angesichts des noch fortwirkenden Gifts der allgesetzlichen Formaljurisprudenz, die auch das ganz Außergewöhnliche in gußeiserne Paragraphen und Begriffe einzwängen will — kann unsere Losung nur lauten: **wir müssen weiter kämpfen!**

[3]) Als Till Eulenspiegel einmal auf einer einzigen Daunenfeder schlief, die er auf eine hölzerne Bank genagelt hatte, und ihm beim Erwachen des Morgens Hüfte und Arme sehr schmerzten, rief er aus: Heiliger Gott, was müssen erst jene Leute empfinden, die sich die ganzen Betten mit Daunen ausstopfen lassen! (Bei der wievielten Feder tritt der Umschwung ein?).

Schrifttum.

Dr. Franz von Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Auflage (41.—63. Tausend), besorgt von Dr. Eberhard Schmidt. Verein wissenschaftl. Verleger. Berlin, Leipzig 1921.

Kurz nach dem Erscheinen der 21./22. Aufl. des Lehrbuchs schloß v. Liszt die Augen. Er ist tot, sein Werk lebt und wird weiterleben für unabsehbare Zeit. Heute liegt die 23. Aufl. des Lehrbuchs vor, mit pietätvoller Hand bearbeitet von Eberhard Schmidt. Wir müssen es dem Herausgeber Dank wissen, daß er im Texte selbst möglichst wenig verändert und so die Eigenart des Buches, das, wie Schmidt im Vorworte zutreffend bemerkt, „ein Stück ureigenster Persönlichkeit des Verfassers ist", im wesentlichen unverändert erhalten hat. Dies hat aber den Herausgeber nicht gehindert, soweit es sich um Verwertung von Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung handelt, die neue Auflage überall auf den neuesten Stand zu bringen. Die Staatsumwälzung vom November 1918 blieb nicht ohne Einfluß auch auf das Strafgesetz. Mit dem Wegfall der Monarchien und der Änderung der Verfassung verloren eine Reihe von Bestimmungen ihre Bedeutung, ohne daß die betr. Paragraphen des StGB. bisher aufgehoben wurden; dies wird erst in dem z. Z. in Arbeit befindlichen, wohl demnächst erscheinenden Gesetze zum Schutz der Republik geschehen; immerhin erschien es angezeigt, schon jetzt die betr. Bestimmungen, z. B. Majestätsbeleidigung u. a., unbearbeitet zu lassen, wie es Schmidt getan hat. Andererseits waren die Bestimmungen der Reichsverfassung und des Versailler Vertrags, soweit sie das Strafrecht berühren, zu berücksichtigen und einzuarbeiten. Hier sei z. B. auf den neu eingefügten § 25 verwiesen, der das Ausnahmerecht behandelt. Von neuen Strafgesetzen kommen in Betracht das Gesetz v. 23. Dez. 1919, betr. das Glücksspiel, berücksichtigt in § 144, und das Straftilgungsgesetz v. 9. April 1920, das den Herausgeber veranlaßte, der „Rehabilitation" einen eigenen Abschnitt (§§ 78a, 78b) zu widmen. Schade, daß er dabei nicht zu der die Strafsenate des RG. z. Z. beschäftigenden und einstweilen von ihnen noch verschieden beurteilten Frage Stellung genommen hat, ob schon die Tilgungsreife einer Strafe für deren Nichtberücksichtigung bei Rückfall usw. ausreicht, oder ob dazu die formelle Tilgung erforderlich ist.

Wie schon in der vorletzten, so ist auch in dieser letzten Auflage der Strafrechtsreform entsprechend Rechnung getragen, wozu um so mehr Veranlassung bestand, als seitdem die Entwürfe von 1913 und 1919 samt der Denkschrift veröffentlicht wurden. Selbstverständlich sind Literatur und Rechtsprechung, erstere mit weiser Beschränkung, bis in die neueste Zeit berücksichtigt. So steht die neue Auflage nach jeder Richtung hin auf der Höhe: den alten unschätzbaren Kern pietätvoll erhaltend bringt sie alles, was von Neuem zu wissen wert ist. Damit ist die Bürgschaft gegeben, daß das Lisztsche Werk das bleiben wird, was es bisher gewesen ist: das Lehrbuch des Strafrechts und ein würdiges Denkmal aere perennius für den großen Toten.

Oberreichsanwalt Dr. Ebermayer, Leipzig.

Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Abhandlungen aus dem Seminar für Strafrecht und Kriminalpolitik an der Hamburgischen Universität. Herausgeber: Prof. Dr. **M. Liepmann.** Heft 1: Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Beurteilung politischer Verbrecher. Von Dr. **Ed. Guckenheimer.** Hamburg 1921. Verlag: W. Gente, Wissenschaftlicher Verlag. 112 Seiten.

Die Arbeit, die als erster Beitrag des neuen strafrechtlichen Unternehmens der jungen Hamburger Universität erscheint, behandelt eine Frage, die durch die politischen Prozesse der Kriegs- und Revolutionszeit besondere praktische Bedeutung erlangt hat, die aber zugleich mit den theoretischen Grundproblemen des Strafrechts zusammenhängt. Bekanntlich stellt unser StGB. bei einer Reihe von politischen Delikten Zuchthaus und Festungshaft zur Wahl. Im Hinblick darauf bestimmt § 20 StGB.: „Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist." Von der Feststellung der ehrlosen Gesinnung hängt also ab, ob der Täter ins Zuchthaus kommt oder nicht. Aber es hängt unter Umständen noch mehr davon ab. Nach § 4 EStGB.

tritt für eine Reihe der schwersten politischen Delikte, wenn sie im Reiche während des erklärten Kriegszustandes oder während eines Krieges gegen das Reich auf dem Kriegsschauplatze begangen werden, an die Stelle des lebenslänglichen Zuchthauses die Todesstrafe. Hier hängt mithin von der Feststellung der ehrlosen Gesinnung ab, ob der Täter hingerichtet oder nur zu Festungshaft verurteilt wird. Der Fall ist bei dem Münchener Kommunistenführer Dr. Leviné praktisch geworden. Verf. sucht nun zu zeigen, daß das Kriterium der „ehrlosen Gesinnung“ für die schwerwiegende Bedeutung, die ihm vom Gesetz beigelegt wird, untauglich ist. Nach dem Verf. (S. 87) „handelt ehrlos, wer um ethisch niedrig stehender, insbesondere auch egoistischer kleinlicher Interessen wegen höhere Werte im Bewußtsein dieser Divergenz aufs Spiel setzt. Maßstab sind die allgemeinen ethischen Anschauungen einer Kulturepoche bzw. eines Kulturkreises. Von ehrloser Gesinnung ist dann zu sprechen, wenn dieses Verhalten durch die psychische Eigenart des Täters erklärt wird, die dem konstanten Grundstock seines psychischen Verhaltens entstammt und im einzelnen Falle auf die Willensbetätigung im Bewußtsein des Handelnden eingewirkt hat“. An der Hand dieses Begriffes prüft Verf., ob die Gerichte in den Prozessen, in denen der Begriff der „ehrlosen Gesinnung“ in der letzten Zeit eine Rolle gespielt hat, zu zutreffenden oder doch wenigstens widerspruchslosen Entscheidungen gelangt sind. Das Ergebnis ist nach dem Verf. betrübend. Zwar das Reichsgerichtsurteil gegen Liebknecht v. 12. Okt. 1907, das Urteil des Hamburger ao. Kriegsgerichts v. 20. Nov. 1919 gegen Lauffenberg, das Urteil des Berliner Kommandanturgerichts v. 28. Juni 1916 gegen Liebknecht, das Münchener Standgerichtsurteil gegen Teller, schließlich das Münchener Volksgerichtsurteil gegen den Grafen Arco-Valley stehen in Übereinstimmung untereinander und mit der vom Verf. gegebenen Bestimmung des Begriffes der „ehrlosen Gesinnung“. Aber ein Reichsgerichtsurteil v. 21. Okt. 1881 bejaht die „ehrlose Gesinnung“, nur weil der Angeklagte versucht habe, seine Überzeugung in die Tat umzusetzen. In dem Liebknecht-Prozeß 1907 bejahte Olshausen, als Oberreichsanwalt, die „ehrlose Gesinnung“, weil der Angeklagte, als „ein Mann in reiferen Jahren, ein Jurist, der selbst früher den Waffenrock trug und jetzt noch im Militärverhältnis steht, nicht in dieser Weise gegen den Militarismus hätte hetzen dürfen“. In dem Liebknecht-Prozeß 1916 hat das Berufungsgericht „ehrlose Gesinnung“ angenommen, weil der Angeklagte in der Kriegszeit zumal als Soldat nicht durch so verwerfliche Mittel, wie die Verbreitung von Flugblättern mit gegen die Regierung aufreizendem Inhalt, für seine Ideen hätte agitieren dürfen. In dem Münchener Standgerichtsurteil gegen Dr. Leviné hat das Gericht die Annahme „ehrloser Gesinnung“ darauf gestützt, daß der Angeklagte den Bürgerkrieg trotz erkannter Aussichtslosigkeit heraufbeschworen oder doch fortgeführt habe. Der Staatsanwalt und die das Todesurteil bestätigende bayerische Regierung haben als Beweis für die Ehrlosigkeit der Gesinnung Levinés noch angeführt, daß er sich rechtzeitig vor dem Endkampfe in Sicherheit gebracht habe. Im Prozesse gegen Dr. Wadler hat das Münchener Standgericht die Annahme der „ehrlosen Gesinnung“ darauf gestützt, daß er, der früher arbeiterfeindlich gewesen sei, nur aus Streberei radikale Gesinnung geheuchelt habe. Andererseits ist bei dem viel schwerer belasteten Mühsam die „ehrlose Gesinnung“ verneint worden, weil das Gericht ihn für einen fanatischen Phantasten hielt. Bei dem Russen Axelrod ist „ehrlose Gesinnung“ bejaht, bei dem Volkswirtschaftler Dr. Neurath aber verneint worden. Der Verf. schließt aus diesen Ergebnissen, daß der Begriff der „ehrlosen Gesinnung“ ungeeignet sei, als gesetzliches Kriterium für die Wahl der Strafart zu dienen. Er sieht die Ursachen der mangelnden Klarheit und Bestimmtheit des Begriffes der „ehrlosen Gesinnung“ in der Schwierigkeit, allgemeingültige ethische Anschauungen festzustellen, in der Unmöglichkeit einer Klassifikation der Werte verletzter Rechtspflichten und in der leicht zu starken Berücksichtigung des objektiven Erfolges bei der Beurteilung der Gesinnung (S. 104). Auch sei es kriminalistisch verfehlt, einen Verbrecher durch eine ex officio entehrende Strafe zu ächten. Tatsächlich sei der unmittelbare Zweck des Rechts ein rein sozialer; es sei daher gefährlich, ein Moment von nur mittelbarer Bedeutung, wie es die ethische Qualität der Gesinnung sei, derart herauszuheben. Sei es danach aber verfehlt, die ethische Qualität der Gesinnung als Kriterium für die Wahl der Strafart zu verwerten, so sei dieselbe doch ein Moment, welches der Richter bei Zumessung der Strafdauer, und zwar bei allen Delikten zu berücksichtigen habe. Die Festungshaft oder irgendeine sonstige custodia honesta sei abzulehnen, dafür seien bei Verurteilung zu Zuchthaus alle entehrenden Nebenfolgen, insbesondere solche, deren Wirkungen sich über die Dauer der eigentlichen Strafzeit hinaus erstrecken, zu streichen (S. 108).

Es ist bezeichnend, daß die Folgerung des Verf., daß die ethische Qualität der Gesinnung ungeeignet sei, als gesetzliches Kriterium für die Wahl der Strafart zu dienen, und daß deshalb die Festungshaft oder irgendeine sonstige custodia honesta zu beseitigen sei, in der Tagespresse, in der die Schrift verdiente Beachtung gefunden hat, abgelehnt worden ist. In der Tat stecken Fehler in den Prämissen. Zunächst muß der Verf. selbst zugeben, daß in einer ganzen Reihe von Fällen Begriff und Bedeutung der „ehrlosen Gesinnung“ zu zutreffenden Entscheidungen geführt haben. Zu den zutreffenden wird man aber, in Abweichung von dem Verf., auch noch die Reichsgerichtsentscheidung von 1881 und das Münchener Standgerichtsurteil gegen Wadler zu rechnen haben, immer unter der Voraussetzung, daß der vom Verf. mitgeteilte Tatbestand richtig ist. Denn dort stützt das Reichsgericht die Annahme „ehrloser Gesinnung“ darauf, daß der Angeklagte den Meuchelmord verherrlicht habe, sich also zur Verwirklichung seiner politischen Ideale niedriger Mittel habe bedienen wollen (vgl. den Verf. selbst S. 86/7). Und im Falle Wadler stellt das Gericht fest — ob mit Recht, bleibe hier dahingestellt —, daß der Angeklagte um egoistischer Interessen willen seine politische Gesinnung geändert oder eine solche überhaupt nur geheuchelt habe. Das Plädoyer Olshausens im Liebknechtprozeß von 1907 wird man beiseite lassen können, da jeder Nachweis dafür fehlt, daß es dem großen Juristen und nicht bloß dem abhängigen Verwaltungsbeamten auf Rechnung zu setzen ist. Dagegen wird man das Münchener Standgerichtsurteil gegen Leviné wissenschaftlich preisgeben müssen. Hier ist sicher bei der Beurteilung der Gesinnung die Schwere des Erfolges ins Gewicht gefallen. Aber die fehlerhafte Begründung des im Ergebnis verständlichen Urteils beweist nicht, daß die ethische Qualität der Gesinnung überhaupt ungeeignet ist, als Kriterium für die Wahl der Strafart zu dienen, sondern nur, daß sie ungeeignet ist, das Kriterium für die Wahl zwischen Festungshaft und Todesstrafe abzugeben. Das ist sie allerdings. Für die Anwendbarkeit der Todesstrafe kommen ganz andere Kriterien, vor allem die Schwere des Verbrechens und damit auch die verschuldeten schweren Folgen (§ 117 E. v. 1919) in Betracht. Die Rücksicht, aus was für einer Gesinnung das Verbrechen hervorgegangen ist, muß dabei unter Umständen ganz zurücktreten. Wenn Verf., im Anschluß an Liepmann, bemerkt (S. 104), daß, wenn die Tat Arco-Valleys eine Bombardierung und Zerstörung Münchens zur Folge gehabt hätte, kaum ein Richterkollegium dem Täter die Ehrenhaftigkeit seiner Gesinnung bestätigt haben würde, so bezweifele ich die Richtigkeit dieser Annahme. Ja, wenn das Gesetz verkehrterweise auch beim Mord die Verhängung der Todesstrafe von der ethischen Qualität der Gesinnung abhängig machte! Da es aber vernünftigerweise beim Mord von der ethischen Qualität der Gesinnung nur die Verhängung der Nebenstrafe des Ehrverlustes abhängig macht, so würde Arco-Valley im Falle, daß seine Tat so verhängnisvolle Folgen gehabt hätte, höchstens nicht begnadigt worden sein.

Bleibt das Berufungsurteil im Liebknecht-Prozeß von 1916. Ich gebe zu, daß dieses Urteil, wenn man den vom Verf. aufgestellten Begriff der „ehrlosen Gesinnung“ als Maßstab anlegt, gleichfalls wissenschaftlich nicht haltbar ist. Nur fragt sich, ob nicht die Definition des Verf. erweitert oder doch wenigstens erweiternd ausgelegt werden muß. M. E. handelt auch der ehrlos, der im parteipolitischen Interesse Werte der Gesamtheit im Bewußtsein dieser Divergenz aufs Spiel setzt, sofern dies geschieht zu einer Zeit, wo einerseits die äußere Sicherheit des Staates gefährdet, andererseits die innere staatliche Ordnung genügend gefestigt ist. Von diesem Standpunkt aus war allerdings das Verhalten Liebknechts 1907 und 1916 ganz verschieden zu bewerten. Und nur weil es auch diesem Standpunkt entspricht, ist das Hamburger Urteil gegen Lauffenberg richtig; nur weil es auch diesem Standpunkt nicht entspricht, das Münchener Urteil gegen Leviné wissenschaftlich unrichtig. Denn Lauffenberg hat nach den Feststellungen des Gerichts nicht im parteipolitischen, sondern im Interesse des ganzen deutschen Volkes gehandelt, um dasselbe von den Fesseln des Versailler Friedens zu befreien. Und Leviné hat zwar im parteipolitischen Interesse gehandelt, aber kaum zu einer Zeit, wo die äußere Sicherheit des Staates gefährdet, jedenfalls nicht zu einer Zeit, wo die innere staatliche Ordnung schon genügend gefestigt war. Dieses letzte Erfordernis hebt Verf. S. 109 mit Recht hervor. Nur geht er zu weit, wenn er zu einer Zeit, in der noch keine genügende Konsolidation der staatlichen Machtverhältnisse eingetreten ist, jedes strafrechtliche Einschreiten gegen politische Verbrecher ausschließen will. Gefordert kann nur werden, daß einem politischen Verbrecher, der im parteipolitischen Interesse zu einer Zeit gehandelt hat, in der noch keine genügende Konsolidation der staatlichen Machtverhältnisse eingetreten war, nicht die Ehrenhaftigkeit der Gesinnung abgesprochen werde.

Man könnte gegen die hier postulierte bedingte Geringschätzung parteipolitischer Interessen einwenden, daß von seinem parteipolitischen Standpunkt aus der Täter (Liebknecht im Jahre 1916) wähnen könne, Menschheitsinteressen auf Kosten bloß nationaler Interssen wahrzunehmen, also durchaus nicht das Bewußtsein zu haben brauche, minderwertige Interessen auf Kosten mehrwertiger wahrzunehmen. Mit diesem Einwand trifft die Behauptung des Verf. zusammen, daß bei den politischen und sozialen Gegensätzen auch nur eines Volkes es in vielen Fällen unmöglich sei, allgemeingültige ethische Werturteile festzustellen (S. 103). Jede Partei lege unbewußt ihre eigene politische, ethische Wertanschauung subjektiv als Maßstab an, sie abstrahiere nicht (S. 102). Indessen glaube ich, daß die Abstraktion hier für den wertenden Richter, aber auch für den — zurechnungsfähigen — Täter nicht schwerer ist, als sonst im Strafrecht. Wer die Interessen seines Volkes der Menschheit aufopfern zu müssen glaubt, handelt allerdings nicht ehrlos.

Es wird erzählt, daß Trotzki auf die Vorstellungen des Moskauer Oberrabiners, er richte doch auch seine eigenen Stammesgenossen zugrunde, erwidert haben soll, er könne sich für diese kein schöneres Los denken, als für die Befreiung der Menschheit unterzugehen. Anders aber ist es, wenn der Täter im vermeintlichen Menschheitsinteresse aus taktischen Erwägungen sich nicht scheut, sein Volk den Feinden preiszugeben. Hier handelt der Täter allerdings ehrlos, weil er sich niedriger Mittel bedient. Gerade auf die Verwerflichkeit der Mittel hat das Berufungsgericht im Liebknecht-Prozeß von 1916 sein Urteil ausdrücklich abgestellt.

Danach gebührt dem Verf. zwar Anerkennung dafür, daß er zur Kritik des Begriffes und der Bedeutung der „ehrlosen Gesinnung" im Strafrecht angeregt hat. Er hat aber nur bewiesen, daß von der ethischen Qualität der Gesinnung nicht die Verhängung der Todesstrafe abhängig gemacht werden darf; nicht dagegen, daß die ethische Qualität der Gesinnung auch ungeeignet sei, als gesetzliches Kriterium für die Wahl der Freiheitsstrafarten zu dienen. Vielmehr ist an dem Prinzip des § 20 StGB. festzuhalten. Es würde zu einer verhängnisvollen Verschärfung der politischen Gegensätze führen, wenn wirklich nach dem Vorschlage des Verf. die custodia honesta beseitigt und als alleinige Freiheitsstrafe für politische Verbrechen Zuchthaus übrig bleiben würde. Daran würde auch die Beseitigung der entehrenden Nebenfolgen der Zuchthausstrafe — wofür auf der Tagung der deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung in Jena Pfingsten 1921 allerdings Stimmung gewesen ist — nichts ändern. Denn für das Volk wird die Zuchthausstrafe, wird überhaupt die gemeine Freiheitsstrafe immer eine Minderung der Ehre im sozialen Sinne nach sich ziehen, mag auch eine Minderung der Ehre im Rechtssinne nicht mehr damit verbunden sein. Und so soll es auch sein. Es wäre schlimm um die Achtung vor dem Gesetz und die generalprävenierende Wirkung der Strafe bestellt, wenn die Verwirkung einer gemeinen Freiheitsstrafe die gesellschaftliche Einschätzung des Verbrechers ganz unberührt lassen würde. Ganz verfehlt ist der Vorschlag des Verf., die ethische Qualität der Gesinnung bei Bemessung der Strafdauer zu berücksichtigen. Für diese kommt allein die Schwere der Straftat und die Intensität der verbrecherischen Gesinnung in Betracht. Die ethische Qualität der Gesinnung findet ihre adäquate Berücksichtigung in einer Differenzierung der Freiheitsstrafarten.

So haben denn auch die deutschen Entwürfe an dem Prinzip des § 20 StGB. mit Recht festgehalten, ja das Prinzip auf andere als politische Delikte ausgedehnt. Keinen Beifall verdient, daß der Entwurf von 1919 bei politischen Verbrechen neben Zuchthaus und Einschließung (Festungshaft) auch Gefängnis zur Wahl stellt. Man wollte auf diese Weise die Folgerung des geltenden Rechts vermeiden, daß trotz festgestellter Ehrlosigkeit der Gesinnung custodia honesta verhängt werden kann. Dementsprechend bestimmt § 107 II S. 1 E. von 1919: „Wo das Gesetz Einschließung und eine andere Freiheitsstrafe zur Wahl stellt, darf das Gericht auf Einschließung nur erkennen, wenn die Tat nicht auf ehrloser Gesinnung beruht." Aber die Folgerichtigkeit ist mit einer völligen Verwischung des Verhältnisses der beiden gemeinen Freiheitsstrafarten — Zuchthaus und Gefängnis — zueinander zu teuer und ganz unnötig erkauft. Es steht nichts im Wege, zu bestimmen, daß, wo das Gesetz gemeine Freiheitsstrafe und Einschließung zur Wahl stellt, auf jene bei festgestellter ehrloser Gesinnung, auf diese bei Feststellung des Mangels ehrloser Gesinnung zu erkennen ist. Daß bei einem Non liquet in dubio pro reo zu erkennen ist, bedarf nicht der Ausführung. Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin.

Richtlinien für den Abschluß von Lieferungsverträgen. Unter Berücksichtigung der neusten Rechtsprechung des Reichsgerichts für die kaufmännische Praxis dargestellt von Dr. jur. **Sieberg**, Berlin C 2 1921, Industrieverlag Spaeth & Linde.

Die Schrift wendet sich gemäß ihrer Einleitung an den Kaufmann. Sie will nicht den juristischen Berater ersetzen; „das wäre in der Zeit der Arbeitsteilung ein unnützes und unökonomisches Beginnen". Die meisten Lieferprozesse, meint Sieberg, haben ihre Ursache in fehlerhaftem Vertragsschluß. Der Begriff des fehlerhaften Vertragsschlusses wird dabei freilich sehr weit gezogen. Denn die Schrift erörtert im einzelnen nicht nur den Abschluß des Vertrages zwischen Anwesenden und Abwesenden, durch Vertreter, unter Berücksichtigung von Bestätigungsschreiben, sondern zieht in den Kreis ihrer Betrachtung auch die seit dem Kriege brennend gewordenen Probleme der Freizeichnungsklauseln und sonstiger in den Vordergrund getretener Vertragsvorbehalte, die clausula rebus sic stantibus, das auch im Frieden noch nottuende Kriegswucher- und Preistreibereirecht, die Valutaschulden. Die Darlegungen klingen aus in diese nicht unzeitgemäßen Worte: „Wie die Kartenlinien eines unabsehbaren Geländes allein zur Orientierung nicht ausreichen, so braucht auch der Kaufmann auf dem Gebiete des Lieferungsvertrages einen Kompaß, der ihn sicher leitet. Dieser Kompaß ist der unser ganzes Verkehrsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben. Der verstandesmäßige Sinn dieses Prinzips läßt sich vielleicht am besten ausdrücken durch Übertragung der Kantischen Morallehre auf die kaufmännische Welt: Richte dich stets nach derjenigen Maxime, von der du zugleich wollen kannst, sie sei allgemeines Gesetz im Handelsverkehr!" Hinweise auf das Schrifttum finden sich nur sporadisch. Die wichtigste Rechtsprechung, insbesondere des RG. wird, hier und da mit kritischem Zweifel, angeführt. Soweit mehrere Fundstellen für die Urteile bestehen, wäre der Hinweis auf diese und das Datum der Entscheide dankenswert. Die Kenntnisse, Erfahrung und Blick für das Hauptsächliche verratende Schrift kann auch dem Juristen Dienste leisten. Der Praktiker, der mit der Schrift einen wichtigen Rechtsausschnitt im Zusammenhange in freier Stunde vor seinem Auge hat vorübergleiten lassen, wird gern auch im Drange der Praxis im einzelnen Falle zu ihr greifen.

RA. Dr. Plum, Cöln.

Dr. **Heinrich Klang**. Oberlandesgerichtsrat in Wien: **Unerschwinglichkeit der Leistung.** Wien 1921. Manzsche Verlagsbuchhandlung. 59 Seiten.

Die Arbeit des bekannten österreichischen Praktikers über die Unerschwinglichkeit, die auf einem am 2. März 1921 in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrag beruht, ist ungefähr gleichzeitig mit den Arbeiten von Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt (Tübingen 1921) (vgl. Heymann, JW. 1921, 728), Oertmann, Die Geschäftsgrundlage (Leipzig 1921) und mir, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung (Mannheim 1921) (vgl. Heymann, JW. 1921, 728), erschienen. Die Bedeutung der Studie liegt vor allem in der eingehenden Berücksichtigung der Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, und in einer, wenn auch nicht erschöpfenden Betrachtung der ausländischen (England, Frankreich, Holland, Schweiz) Gesetzgebung und Rechtsprechung. (Vgl. dazu jetzt auch Eickemeyer, Der Streit um die Vertragstreue im Ausland [nicht gedruckt, seit Juli 1921 hinterlegt in der Juristischen Seminarbibliothek in Münster, Universität].) Die theoretische Basis der Unerschwinglichkeit sieht er, ebenso wie alle neueren Arbeiten unter scharfer Ablehnung der nunmehr wohl überwundenen Unmöglichkeitslehre in dem Gedanken der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, wie er bei uns im § 242 zum Ausdruck gekommen ist. Wenn K. allerdings meint (S. 13 ff.), die Ansicht Unerschwinglichkeit = Unmöglichkeit führe auch für den Fall der vom Schuldner verschuldeten Unerschwinglichkeit zur Befreiung des Schuldners, der dann nur zu Schadensersatz verpflichtet sei (§§ 1295, 1298 ABGB., § 280 BGB.), so ist das nicht zutreffend. Unerschwinglichkeit (= Nichtzumutbarkeit) ist ein relativer Begriff. Auch wer sie der Unmöglichkeit gleichsetzt, ist sich darüber klar, daß sie begrifflich nur vorliegen kann, wenn sie vom Schuldner nicht verschuldet ist. Eine verschuldete Nichtzumutbarkeit gibt es normalerweise nicht. Wer die Leistungschwierigkeiten verschuldet hat, kann nicht geltend machen, daß es ihm nicht zuzumuten sei, sie zu überwinden. Er bleibt zur Leistung verpflichtet. (Vgl. Krückmann, Iher. Jahrb. 59, 367; Eckstein, Arch. f. bürg. Recht 37, 448; ego, Vertragstreue S. 41 und Klang selbst S. 33 ff.) Wertvoll ist die auch von mir (aber nicht scharf genug) betonte Ausschaltung des Clausulagedankens, der Begründung der Nichtzumutbarkeit aus dem vermutlichen Parteiwillen (S. 18). Es handelt sich nicht um § 157 (Vertragsauslegung), sondern um die objektive Begrenzung des Leistungsbefehls durch eine Norm ergänzenden Rechts (§ 242). Wenn K. an Voraussetzungen für die Nichtzumutbarkeit neben einem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das vom Schuldner nicht verschuldet ist und von ihm nicht vorausgesehen werden konnte, noch fordert, daß die Erbringung der Leistung für den Schuldner nach den Verhältnissen seines Betriebes ein übermäßiges Opfer bedeuten muß (S. 25 ff.), so deckt sich das zwar mit der bekannten „Ruin"rechtsprechung des RG. (vgl. RG. 99, 259; RG. JW. 1921, 24; RG. 100, 134), kann aber auf gefährliche Abwege führen. (Vgl. Krückmann, Clausula S. 7; ego, Vertragstreue S. 40.) Den an den Schluß gestellten ersten beiden Leitsätzen ist zuzustimmen. Zur Frage einer Änderung des Vertragsinhalts beim Vorliegen von Nichtzumutbarkeit nimmt K. (S. 48 ff.) eine zurückhaltende Stellung ein. Entscheidend ist die Frage, ob der Schuldner dem Gläubiger die Leistung zu erhöhtem Preis aufdrängen kann. Verneint man das (vgl. dazu Oertmann, S. 170/171; ego, Vertragstreue S. 45/46), so steht der Vertragskorrektur auf der Basis des § 242 im Grunde nichts im Wege, mag man auch über die prozessuale Technik im einzelnen noch streiten. Die klar und einfach geschriebene Arbeit wird für Theorie und Praxis von Bedeutung bleiben.

Privatdozent Dr. Nipperdey, Jena.

Heinrich Friedländer: Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung unter besonderer Berücksichtigung der bilanztechnischen und steuerrechtlichen Fragen. Berlin 1921. Industrieverlag Spaeth & Linde. 83 S.

Infolge der großen und immer noch wachsenden Bedeutung der Interessengemeinschaften im deutschen Wirtschaftsleben, ist diese aus der Praxis hervorgegangene Untersuchung ihrer rechtlichen Grundlagen sehr zeitgemäß. Bisher gab es darüber nur die 1910 erschienene Schrift von U. Marquardt. (Mein Artikel Interessengemeinschaften für die neue Auflage des Handwörterbuches der Staatswissenschaften ist noch nicht erschienen).

Im I. Teil versucht der Verf. eine Abgrenzung der verschiedenen Formen wirtschaftlicher Konzentration. Er unterscheidet: die Fusion, die effektenkapitalistische Zusammenfassung in Beteiligungsgesellschaften, die Bildung von besonderen Betriebs-, Absatz-, Patentgesellschaften, und die Vertraglichen Gemeinschaften (Interessengemeinschaften). Ich halte diese Gegenüberstellung für richtig. Doch sind die Interessengemeinschaften m. E. nur ein ganz kleiner Teil der „vertraglichen Gemeinschaften" und ich halte den Ausdruck „Gemeinschaften" ebenso wie den Begriff „Vereinigung", wegen seiner außerordentlichen Unbestimmtheit nicht für geeignet, bei systematischen Abgrenzungen verwendet zu werden und rechne die Interessengemeinschaften zu den „Verbänden" von Unternehmungen im Gegensatz zu den „Unternehmergesellschaften". Daher kann ich auch nicht zustimmen, wenn Friedländer im Anschluß an die Erwähnung dieser Abgrenzung (S. 11) fortfährt: „Ähnlich unterscheidet Geiler zwischen „Förderungsgemeinschaften" (Kartellen, Genossenschaften) einerseits und „Unternehmungsgemeinschaften" andererseits. Die Interessengemeinschaft zählt zu den letzteren." Der Ausdruck „Förderungsgemeinschaften" faßt drei so verschiedenartige Organisationsformen wie Fachvereine (Förderungsvereine, wenn man will), Kartelle (Förderungsverbände) und Genossenschaften (Förderungsgesellschaften) zusammen, die juristisch ebenso wie wirtschaftlich scharf zu unterscheiden sind. Unternehmungsgemeinschaften sind sie alle, aber nicht Unternehmungsgesellschaften. Die Unterscheidung von Geiler ist also der meinigen nicht ähnlich, sondern m. E. unbrauchbar. Und wenn man schon Förderungsgemeinschaften und Unternehmungsgemeinschaften unterscheiden will, so zählen die Interessengemeinschaften sicherlich nicht zu den letzteren, sondern zu den ersteren, sie sind Verbände.

Verf. betont, daß der Begriff der Interessengemeinschaft noch sehr unbestimmt ist, sagt aber mit Recht, daß das Wesentliche der eigentlichen oder reinen Interessengemeinschaft, wie ich sie nenne, der Gewinnverteilungsvertrag ist. Dieser kann aber kombiniert sein mit Aktienerwerb, und zwar kommt, worauf nicht aufmerksam gemacht wird, einseitiger und gegenseitiger Aktienerwerb vor. Hier berührt sich die Interessengemeinschaft mit dem effektivkapitalistischen Prinzip der Beteiligung, die bei Austausch eines großen Teils der Anteile die eigentliche Interessengemeinschaft auch ersetzen kann. Ferner erwähnt er „die Betriebsgemeinschaft" in verschiedenen Formen einer Betriebsübertragung, Verpachtung, Abschluß eines Betriebsführungsvertrags. Er hätte hier noch die Delegierung von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern der einen Gesellschaft in den Aufsichtsrat oder Vorstand der anderen Gesellschaft nennen können, die oft eine Vorstufe von Interessengemeinschaften, oft mit ihr verbunden ist. Von der eigentlichen Betriebsgemeinschaft, Betriebsführung aller Betriebe der einen Unternehmung oder eines Teils derselben durch die andere, sind auch m. E. die bloßen „Verwaltungsgemeinschaften" zu unterscheiden, wie z. B. die Ad astra-Verwaltungsges. mbH. des Pulver- und Dynamitkonzerns, Kapital 300 000 ℳ, die nicht nur die Verrechnung zwischen den Gruppen des Generalkartells, sondern auch die Verwaltung der von den verschiedenen Unternehmungen zwecks Beseitigung der Überfremdungsgefahr ausgegebenen Vorzugsaktien besorgt.

Diese Erörterungen gehörten eigentlich in Teil II, der jetzt nur einen ganz kurzen „Überblick über Typen von Interessengemeinschaften" enthält.

Der Hauptabschnitt III behandelt denn rechtliche Einzelfragen. Zunächst den rechtlichen Aufbau der Interessengemeinschaft, Rechtsform, Geltungsbereich, Mitglieder, Organ, Beendigung usw. Dann die mit der Zusammenwerfung der Gewinne verbundenen, oft recht schwierigen Bilanzfragen, endlich das Stempel- und Steuerrecht. Hinsichtlich der ersteren kommt der Verf. zu dem Schluß, daß, wofern nicht ein eigenes Gesellschaftsvermögen der Interessengemeinschaft vorliegt, nur der Mindestfixstempel von 20 ℳ in Ansatz kommen könnte. Bei der Steuerfrage wird auch die Besteuerung der Schachtelgesellschaften nach dem früheren und dem Entwurf eines neuen Körperschaftssteuergesetzes erörtert. Der Anhang enthält drei Beispiele von Interessengemeinschaften.

Prof. Dr. Robert Liefmann, Freiburg i. B.

Das preußische Adelsgesetz und der Familienname der Mit[illegible] oder des vormaligen preuß. Königshauses. Von Univ.-Professor Dr. **Otto Opet** in Kiel (Separatabdruck aus dem Pr. Verwaltungsarchiv, Bd. 29, S. 31—53).

Verf. sucht zu beweisen, daß das sog. Pr. Adelsgesetz vom 23. Juni 1920 an sich auf die Mitglieder des ehemaligen Pr. Königshauses Anwendung findet, er kommt dann auf Grund eingehender Untersuchung zum Ergebnis, daß ihnen der Familienname „Prinz" bzw. „Prinzessin von Preußen" zusteht, und daß dieser Familienname der Einwirkung des Pr. Adelsgesetzes entzogen ist. Staatsrechtlich könnte man hier einwenden, daß, wenn man dem Verf. folgt, eigentlich nur der Namen Preußen übrigbleiben würde. Dies kann aber dahingestellt bleiben, denn den gedachten Personen steht u. E. der Familiennamen Hohenzollern zu. Sieht man nur auf die letzten 100 Jahre zurück, so verlieh Friedrich Wilhelm III. seiner morganatischen Gemahlin, der zur Fürstin Liegnitz erhobenen Gräfin Harrach, zugleich den Namen einer Gräfin von Hohenzollern, damit ausdrückend, daß er sie nicht in das königliche Haus, wohl aber in seine Familie aufnehme. Im Jahre 1841 übernahm dann Friedrich Wilhelm IV., „als Chef des Gesamthauses Hohenzollern" das Protektorat des damals von den noch souveränen Fürsten von Hohenzollern gestifteten Ehrenkreuzes. Nach der Einverleibung der beiden Fürstentümer nahm dieser König das inzwischen erweiterte Ehrenkreuz unter die preußischen Orden auf und stiftete am 23. Aug. 1851 „auf unserer Stammburg Hohenzollern den königlichen Hausorden von Hohenzollern, zum Andenken an die Ausbreitung und den Ursprung unseres Hauses"... Nach § 3 der Statuten sollte er Personen verliehen werden, „die sich durch Hingebung an unsere Person und unser Haus ausgezeichnet haben". So erhielt den Orden namentlich die Leibdienerschaft. Auch König Wilhelm I. hat bei der Erweiterung des Ordens diese Bestimmung aufrechterhalten, auch schon vorher die Dienerschaft des verstorbenen Bruders mit diesem Orden ausgezeichnet. Keinesfalls konnte deutlicher, als hier geschehen, zum Ausdruck gebracht werden, daß jene Herrscher und ihr Haus, wenn man von ihren Beziehungen zur Krone Preußen absieht, die eben seit dem 9. Nov. 1918 gelöst sind, Hohenzollern sind. Die Mitglieder des Hauses haben daher unseres Erachtens diesen Namen zu führen, was, nebenbei bemerkt, uns zugleich als die würdigste Lösung der immerhin streitigen Frage erscheinen würde. Eine nähere Ausführung verbietet sich durch den für eine Besprechung gestatteten Raum.

Geh. JR. KGR. Dr. Friedrich Holtze, Berlin.

Grundlegung zur Rechtsphilosophie von Dr. phil. et iur. **Max Salomon.** Verlag Dr. Walther Rothschild. Berlin 1919. Preis 50 ℳ und 33 1/3 % Teuerungszuschlag.

Verf. bekennt sich in dieser, offenbar als Vorarbeit für ein „System" der Rechtsphilosophie gedachten Schrift (vgl. S. 239), zum transzendentalen Idealismus i. S. der neu-kantischen Marburger Schule, insbesondere Herrmann Cohens. Diese Einstellung beeinflußt zwar notwendigerweise seine Problemlösungen, sie ist jedoch nicht bestimmend für die Formulierung des Grundproblems selbst, in welchem der Verfasser zutreffend das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Rechtsphilosophie erblickt. Wenn er freilich dieses Problem mit den Worten umschreibt: „Auf was sonst als auf die Wissenschaft des Rechts soll sich die Rechtsphilosophie beziehen können?" (S. 9), so ist damit Anlaß zu Mißverständnissen gegeben. Sollte nicht die Rechtsphilosophie sich auch auf die Rechtsidee beziehen müssen? Selbstverständlich. Diese Beziehung dient jedoch wiederum dem Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, wie dies auch aus dem Gedankengang Salomons unzweideutig hervorgeht: Sieht er doch den Sinn der Rechtswissenschaft in der Entwicklung der Rechtsprobleme, wie etwa der clausula rebus sic stantibus, der Resolutivbedingung, der Leistungsmöglichkeit durch Untergang der verkauften Sache, der Erbfolgeordnung, der Stellung der unehelichen Kinder, der Todesstrafe. Rechtswissenschaft ist für Salomon Rechtsproblematik, für die Rechtsprobleme gibt es aber nur ein letztendiges Kriterium, und das ist die Rechtsidee selbst. Denn aus der unermeßlichen Fülle der vorliegenden Problemlösungen muß, wie Salomon (S. 49) sich ausdrückt, eine einzelne Lösung ausgezeichnet werden. Die Auszeichnung kann nur mit Hilfe eines Maßstabes geschehen, dieser aber ist die Rechtsidee. „Ohne die Idee des Rechts sind Rechtsprobleme nicht zu lösen" (S. 62). Indem die Idee des Rechts, als das apriori des Rechts, für die Rechtsproblematik die Bedingung der Möglichkeit einer Wissenschaft ist (S. 101, 222), ist zugleich der Wissenschaftswert der Rechtswissenschaft erwiesen. — Zweifellos wird die These Salomons: Rechtswissenschaft ist nicht eine Wissenschaft von den Rechtsnormen, sondern von den Rechtsproblemen (S. 29, 43, 69) auf manchen Widerspruch stoßen. Man muß sich jedoch vergegenwärtigen, daß der Gegensatz sachlich kein so großer ist, wie er zu sein scheint; denn die Rechtsnormen sind nicht nur Verhaltensanweisungen gegenüber den Normadressaten, sondern zugleich auch Entscheidungen des Normgebers über die Rechtsprobleme, und so steht jedenfalls hinter der Rechtsnorm dasjenige Rechtsproblem, dessen Lösung sie dient.

Haben wir hiermit im wesentlichen denjenigen Teil der Salomonschen Schrift skizziert, der das besondere Interesse des Juristen erweckt, so ist darüber hinaus noch der Hinweis auf diejenigen Ausführungen gerechtfertigt, mit denen jener Gedankengang philosophisch unterbaut wird. Denn in einer Grundlegung der Rechtsphilosophie kann selbstverständlich die Idee des Rechts nicht als eine unbestritten feststehende Größe angenommen werden. Um zur Erkenntnis von ihr zu gelangen, untersucht Salomon die „Aufgabe der Rechtsphilosophie, entwickelt aus der Stellung der Rechtsphilosophie im System der Philosophie". Hierbei kristallisiert er den Weg zur Erkenntnis der Rechtsidee in der Weise heraus, daß, ausgehend von einer Begriffsbestimmung der Rechtsphilosophie, die Idee des Rechts aus der Erkenntnis von dem Zusammenhang der Philosophie mit dem Faktum der Kultur zu gewinnen sei (S. 146). Mit interessanten Ausführungen sucht Salomon diesem erkenntnistheoretisch schwer zu erfassenden Zusammenhang gerecht zu werden. Als Resultat tritt der Gedanke einer Reziprozität von Einheit und Allheit, von Individuum und Ge-

meinschaft, heraus, und gerade in der gegenseitigen Bedingtheit, in der Forderung des gegenseitigen Ausgleichs dieser Erscheinungen, sieht Salomon das Wesen der Rechtsidee (S. 221). Es ist ihm zuzugeben, daß er sich hierbei mit der Kantischen Definition des Rechts in sachlicher Übereinstimmung befindet; denn der naturrechtliche Gesellschaftsvertrag i. S. nicht eines wirklichen Ereignisses oder einer Fiktion, sondern im Sinne einer Norm für das Verhältnis von Staat und Staatsbürger postuliert den Interessenausgleich zwischen der Gesellschaft und den einzelnen.

Im Schlußwort untersucht Salomon noch das Verhältnis der Rechtsphilosophie zum positiven Recht. Indem hierbei das positive Recht als ein bestimmtes Stadium in der Erkenntnis und in der Lösung der Rechtsprobleme gekennzeichnet wird, wodurch ihm eine Stellung zwischen Rechtswissenschaft — als der Wissenschaft von den Rechtsproblemen — und Rechtsphilosophie — als der Lehre von der Idee des Rechts — zuerkannt wird (S. 246), wird die Trias: Recht, Rechtsnorm, Rechtsphilosophie zu einer in sich geschlossenen Einheit.

Das Buch erfüllt durchaus die Aufgabe, demjenigen ein Führer zu sein, der — in dem Bewußtsein der Bedeutung der Philosophie für Rechtswissenschaft und Rechtsgestaltung — einen Überblick über Sinn und Wesen der Rechtsphilosophie gewinnen und sich mit rechtsphilosophischen Problemen vertraut machen will.

Privatdozent Dr. Richard Honig, Göttingen.

Rittmann-Wenz: Gerichtskostengesetz und Gebührenordnung für Rechtsanwälte in der vom 1. August 1921 ab geltenden Fassung. 1921. J. Bensheimer. (Samml. deutscher Gesetze, Bd. 72).

Diese fünfte erweiterte Auflage der Rittmannschen Handausgabe gibt zunächst das Gerichtskostengesetz (in der jetzt geltenden Fassung) mit Anmerkungen. Diese sind kurz abgefaßt, enthalten angenehme Verweisungen und Erläuterungen, sehen dagegen von Eingehen auf Streitfragen und von dem Nachweise von einschlägigen Entscheidungen oder schriftstellerischen Darlegungen ab. Die Ausgabe ist also zum Handgebrauche sehr geeignet. Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte ist mehr als Anhang behandelt, was sich schon im Drucke, wie in der Fassung der Erläuterungen kundgibt. Vorausgeschickt ist ihr, ebenso wie dem Gerichtskostengesetze, ein kurzer Abriß über die verschiedenen erfolgten Abänderungen des Gesetzes unter Abdruck des Textes der betreffenden Gesetze und Verordnungen. Leider war es hier nicht möglich, die neuen Bestimmungen in dem Text zu verarbeiten, sondern es mußten nach wie vor die sich häufenden Änderungen nebeneinander gestellt bleiben. „Das alles hat eine Buntscheckigkeit in den Gebührensätzen hervorgerufen, die ihres gleichen sucht" sagen die Verf. mit Recht. Da können nur gute Gebührentafeln helfen, und hierin leistet das Büchlein Ausgezeichnetes. In Tafel I sind die Gerichtskosten in Zivilsachen, in Tafel V in Strafsachen dargestellt. Den Rechtsanwaltsgebühren sind fünf Tafeln gewidmet, jeweils bis zum Streitwerte von 200 000 ℳ. In Tafel II sind die Gebühren erster Instanz, und zwar sowohl im ordentlichen Verfahren wie die nicht erhöhten (im Mahnverfahren) aufgeführt; in Tafel IIa die Gebühren in nicht vermögensrechtlichen Sachen, die — was leicht übersehen werden kann — bezüglich der Erhöhung in den Stufen bis 20 000 ℳ besonders behandelt sind. Desgleichen sind in Tafel III die erhöhten und nichterhöhten Sätze für die Berufungs- und die Revisionsinstanz enthalten, in Tafel IIIa die Sätze dieser Oberinstanzen in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Tafel IV endlich gibt eine Übersicht über die älteren Sätze, also über die ursprünglichen Gebührensätze, über die Sätze seit 15. April 1918, und diejenigen seit 1. Jan. 1920, so daß man auch für die Berechnungen nach den alten Sätzen die Maßgabe sogleich zur Hand hat (den Druckfehler bei den zwei ersten Wertstufen in dieser Tafel S. 306 wird der Leser sofort entdecken und verbessern — 2 und 6 statt 20 und 60). Auszüge aus den Tafeln I, II und III sind auf besonderen Bogen beigegeben. In Anhängen gibt das Büchlein noch: die in Kriegs- und Notverordnungen bestimmten Gerichts- und Anwaltsgebühren, die Kosten im Verfahren vor den Versicherungsbehörden, in Militärversorgungssachen, im Verfahren vor dem Reichswirtschaftsgericht, Kosten und Anwaltsgebühren nach der Reichsabgabenordnung, teils im Wortlaute, teils durch Anführung des Inhalts wieder. Auch dies ist eine angenehme Beigabe. Das Buch wird daher eine wirksame Hilfe gerade auch für den Anwaltsbetrieb sein können. RA. Dr. R. Fürst, Heidelberg.

Geh. Justizrat **A. Partisch, Berlin-Steglitz: Aufgebotstabellen.** Übersichtliche Darstellung der einzelnen Aufgebotsfälle nach Reichsrecht und Preußischem Landesrecht mit Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen. Leipzig, W. Moeser Buchhandlung. 1922. Preis 13,50 ℳ.

Die vorliegende Zusammenstellung ist eine jener praktischen für richterliche und sonstige Behörden, Anwälte und Interessenten nützliche und zuverlässige Zusammenstellung der in der Praxis häufigsten Aufgebotsfälle, die übersichtlich und klar dabei ist, soweit Stichproben der Unterzeichneten überführen konnten.

Die Tabellen enthalten die Aufgebotsfälle, die maßgebenden Gesetzesstellen das zuständige Gericht, den Antragsberechtigten, die materiellen Erfordernisse für das Aufgebot, die Fristen usw.

Ein Anhang enthält ebenfalls klar und übersichtlich die gemeinsamen, für alle Aufgebote und alle Urkunden geltenden Bestimmungen.

Mit dem Schriftchen ist ein für die Praxis überaus nützliches, Arbeit und Mühe — vielleicht auch manche Regresse — ersparendes Hilfsmittel geschaffen, für welches die Praxis dem Verf., einem in langjähriger Tätigkeit auf diesem Gebiete bewährten Richter, lebhaften Dank schuldet. Magnus.

Vereine.

Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer.

Am 15. und 16. Okt. hat in Leipzig die erste Tagung der Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer (geschäftsführender Sekretär: Geh. Hofrat Prof. Dr. Mendelssohn Bartholdy-Hamburg) stattgefunden. Sie umfaßt satzungsgemäß solche deutsche und österreichische Hochschullehrer, die sich auf dem Gebiete des Zivilprozesses wissenschaftlich betätigt haben, und zählt mit wenigen Ausnahmen alle in Betracht kommenden Herren zu ihren Mitgliedern. Eingeleitet wurde die Tagung am 15. Okt. vormittags durch eingehende Referate von Erz. Prof. Wach-Leipzig und Prof. Dr. Kisch-München über die Reform des Rechtsstudiums im Hinblick auf den Zivilprozeß. Die daran anschließende lebhafte Erörterung führte zur Annahme der folgenden Entschließung:

„Die versammelten Zivilprozeßrechtslehrer Deutschlands und Österreichs haben in der Erkenntnis, daß im letzten Jahrzehnt ein beklagenswertes Sinken des Ansehens des Zivilprozeßrechts und der Zivilprozeßrechtswissenschaft in Deutschland zu beobachten ist, sich auf folgende Forderungen geeinigt:

1. Bei der Besetzung der Lehrstühle soll möglichst überall für die Vertretung des Zivilprozeßrechts ein durch seine wissenschaftlichen Arbeiten erprobter Fachmann berufen werden.

2. Schon im Hauptstudium muß sowohl die theoretische Ausbildung im Zivilprozeßrecht wie auch die Schulung in einem zivilprozessualen, das bürgerliche Recht mitumfassenden Praktikum ermöglicht werden. Nur auf diesem Wege läßt sich eine genügende Vorbildung für die Anfänge der juristischen Praxis erreichen. Auch bilden richtig ausgebaute Vorlesungen und Übungen des Zivilprozeßrechts eine unentbehrliche Ergänzung des dem Hauptstudium zugewiesenen Unterrichts im bürgerlichen Recht. Zur Frage des Nachstudiums wird dadurch keine Stellung genommen."

Der Nachmittag diente der Erörterung innerer Vereinsangelegenheiten. Am Abend veranstaltete sodann die Juristische Gesellschaft in Leipzig eine Sondersitzung, in welcher Prof. Dr. Mendelssohn-Bartholdy einen Vortrag über die Verfahrensordnungen der Gemischten Schiedsgerichte hielt. Er ging davon aus, daß, wahrscheinlich ganz gegen den Willen der Urheber des Versailler Vertrags, durch die Prozeßordnungen der Schiedsgerichtshöfe, in denen überall einem früher feindlichen Staat das deutsche Recht gegenübertritt, der deutschen Justiz eine bedeutende Mittlerrolle zugewiesen und den deutschen Richtern, Anwälten und Parteien eine besonders breite Gelegenheit dazu gegeben werde, ihre Auffassung vom richtigen Recht sachlich zu vertreten. Die Bedeutung der bisher veröffentlichten Prozeßordnungen für die Rechtsvergleichung erörterte der Vortragende dann im einzelnen an den Bestimmungen über Klagerhebung und Klagbegründung, über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung und über das Beweisverfahren nach der deutsch-französischen und der deutsch-englischen Prozeßordnung. Während im zweiten Stück französische und englische Auffassung gegen das in der Tat hier sehr reformbedürftige deutsche Prozeßrecht zusammenstimmen, sind in der Grundlegung für den Prozeß und im Beweisverfahren die deutsche und die englische Auffassung einander nahe und trennen sich sehr scharf von der französischen, die mit ihrer übertriebenen Substantiierung und mit der Vernachlässigung des Beweisverfahrens in der Verhandlung sehr formalistisch wirkt.

Der zweite Tag der Zusammenkunft, an dem als geladene Gäste u. a. auch die Präsidenten des Reichsgerichts und des LG.

Leipzig, der Oberreichsanwalt, sowie zahlreiche höhere Richter und Vertreter des Anwaltsstandes teilnahmen, war im wesentlichen ausgefüllt durch einen längeren Vortrag des Prof. Dr. Friedrich Stein-Leipzig über „Die gegenwärtige Zivilprozeßreform[1])". Um dieser Reform gegenüber den richtigen Abstand zu gewinnen und sie in den großen Zug der geschichtlichen Entwicklung einzuordnen, schilderte Stein, wie seit der Rezeption des italienisch-kanonischen Rechts eigentlich dauernd an der Reform des Zivilprozesses gearbeitet worden ist. Die Zeiten der Ruhe bildeten die Ausnahme. In der Hauptsache geschah dies, um das fremde Recht mit den heimischen Einrichtungen zu verschmelzen, wobei die letzteren siegreich blieben. Nur die „Allgemeine Gerichtsordnung" Friedrichs des Großen machte den Versuch, etwas inhaltlich Neues zu geben, indem sie an die Stelle der Verhandlungsmaxime die Inquisitions- und Offizialmaxime setzte. Dieser Versuch ist bekanntlich an seiner psychologischen Unmöglichkeit gescheitert. Sodann wandte sich Stein der großen Prozeßreform in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu, deren Ergebnis unsere heutige, wenn auch durch hundert Flicken entstellte ZPO. ist. Er schilderte sie als das Werk eines Mannes, von Adolf Leonhard, der von bestimmten (französischen) Gedanken über die Gestaltung des Verfahrens beherrscht, diese in doktrinärer Weise zu verwirklichen suchte, namentlich die Mündlichkeit, die Unmittelbarkeit, den Parteibetrieb und im Zusammenhang damit den Anwaltszwang. Stein wies auf die allgemein bekannten Mängel des Gesetzes kurz hin, besonders auf den Bankerott von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, um dann die Punkte aufzudecken, die bei der Leonhardschen Reform unbeachtet geblieben sind, wie namentlich große Teile der Gerichtsverfassung, dann die Beweislehre und vieles von der Zwangsvollstreckung. Er schilderte darauf die Bedeutung jeder einzelnen der zahlreichen Novellen zur ZPO. für die Ausfüllung dieser Lücken und die Beseitigung der längst erkannten Mängel, wobei er namentlich auf die Zweiteilung des Verfahrens in einen kollegialgerichtlichen und einen amtsgerichtlichen Prozeß infolge der Novelle von 1909 einging. Dann wies er auf die vielfachen Bestrebungen, sowohl der Regierung, als privater Kreise, hin, den immer noch bestehenden Mängeln abzuhelfen, und gelangte zu dem Ergebnis, daß jetzt, nachdem durch die zahlreichen Kriegs- und Nachkriegsgesetze genug an Flickarbeit geleistet sei, eine gründliche Gesamtrevision des Gesetzes not tue. Sie werde in erster Linie im Gegensatze zu 1877 eine solche der Gerichtsverfassung sein, da die Zuziehung von Laien, die Bildung von Sondergerichten und vielleicht ihre Angliederung an die ordentlichen Gerichte schon zu Forderungen der politischen Parteien und zu Modeschlagwörtern sich verdichtet hätten. Auf dem Gebiete des Verfahrens selbst lehnte Stein die Bestrebungen derjenigen ab, die im Namen der Freirechtsbewegung oder vom Standpunkte des sog. Richterkönigtums aus am liebsten mit allen Formen aufräumen wollten. Die Form, als Schutz des Schwachen, müsse in bestimmten Grenzen unweigerlich bestehen bleiben. Aber sie dürfe weder in einen Formalismus ausarten, der sich vor die Sache selbst stellt, noch auch mit der verschwommenen Phrase des „öffentliches Interesses" Fälle erfassen wollen, bei denen schließlich vergessen wird, daß der Prozeß nicht im Interesse des Staates, sondern in dem der Parteien geführt wird. Stein hob sodann in eingehender Darstellung die vielen Punkte heraus, wo nach seiner Auffassung die Reform anzusetzen habe, wobei er vor allzu leichtherzigem Aufgeben des Alten warnte, solange dessen Wert für das Verfahren noch nicht ausgeschöpft sei, auf der anderen Seite aber die These verfocht, daß selbst die jahrhundertelange Geltung eines Prozeßrechtssatzes nicht seine Lebensberechtigung für die Zukunft beweise, sondern eher zu seiner Nachprüfung herausfordere. Er verlangte endlich für das neue Gesetz ein sprachliches Gewand und eine scharfe präzise Fassung, die jetzt namentlich infolge der vielen rasch hingeworfenen Novellen vollständig fehle. Dann wandte er sich der Frage zu, was denn eigentlich bisher für diese ganz ungeheuere Aufgabe geleistet sei, und berichtete über die Beratungen der drei großen Ausschüsse von Sachverständigen, sowohl aus den Gewerken der Juristen wie aus anderen Interessentenkreisen, die in wechselnder Zusammensetzung im vorigen Winter getagt und in ernster sachlicher Arbeit einige, freilich nur herausgegriffene Fragen wesentlich gefördert haben. Dazu gehören die Einführung des obligatorischen Güteverfahrens, die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch Zuziehung von Laien, durch Einschiebung des Einzelrichters beim Landgerichte, neben oder statt der Kammer, sei es mit fester, sei es mit beweglicher Grenze, und der Rechtsmittelzug, endlich zahlreiche Fragen der Zwangsvollstreckung, deren gemeinsamer Charakter darin liegt, daß ein mehr kaufmännischer Geist in die staatliche Tätigkeit gebracht werden muß und daß den sozialen Anschauungen der Gegenwart stärker Rechnung zu tragen ist. Da die Ausschüsse keine Beschlüsse gefaßt haben, konnte Stein, der außer den Regierungsvertretern das einzige Mitglied aller drei Ausschüsse war, nur über die Stimmungen berichten, die sich aus den Äußerungen der Sachverständigen als die vorherrschenden ergaben. Zur Zeit wird auf der Grundlage dieser Äußerungen im Reichsjustizministerium von Ministerialrat Dr. Volkmar ein erster Vorentwurf aufgestellt, von dem ein Teil, die Prozeßvoraussetzungen und die Rechtsschutzvoraussetzungen, von Stein selbst bearbeitet wird. Dieser Entwurf soll im kommenden Jahre zunächst einer kleinen Kommission von nur ganz wenigen Mitgliedern zur endgültigen Feststellung übergeben werden. Unter Berücksichtigung der sachlichen, technischen und wissenschaftlichen Anforderungen, die an ein den Anforderungen des 20. Jahrhunderts genügendes Prozeßgesetz zu stellen sind, und weiter der vorauszusehenden parlamentarischen und politischen Schwierigkeiten, die namentlich auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Zwangsvollstreckung entstehen werden, glaubte Stein annehmen zu müssen, daß noch Jahre bis zur Fertigstellung des Gesetzes und weitere bis zu seinem Inkrafttreten vergehen müßten. Das letztere namentlich, weil organisatorische Änderungen von großem Umfange durch Bauten, Auswahl der Personen und dgl. notwendig sein würden und somit auch wirtschaftliche Fragen, die bei früheren Reformen außerhalb jeder Erwägung blieben, jetzt als Bleigewichte fühlbar werden müßten. Stein richtete an die Mitglieder der Vereinigung und darüber hinaus an alle, die für prozessuale Fragen Interesse besitzen, die warme Aufforderung, diese Jahre der Vorbereitung zu einer tatkräftigen Mitarbeit auszunutzen, wobei es gelte, daß jeder ein Einzelgebiet nach allen Richtungen hin durchdringen und, wenn möglich, das Ergebnis seiner Untersuchung in der Form von Gesetzesvorschlägen veröffentliche. Es dürfte dabei kein Teil des Prozeßrechts unberücksichtigt bleiben, und es sollten namentlich die Theoretiker gewisse Gebiete, wie etwa Zustellungen, Fristen und dgl., den Praktikern nicht mehr als ausschließliche Domäne überlassen. Nur so werde es möglich sein, ein seiner Zeit würdiges Gesetz zu schaffen, das ein wenn auch recht bescheidener Baustein an dem Werke der Wiederaufrichtung unseres Vaterlandes werden könnte. Eine Erörterung schloß sich an den Vortrag nicht an; die übergroße Zahl der behandelten Einzelfragen stand dem entgegen.

Die Tagung, um deren Zustandekommen sich außer dem geschäftsführenden Sekretär auch Geheimrat Prof. Dr. R. Schmidt, derzeitiger Rektor der Universität Leipzig, besonders verdient gemacht hatte, hat wohl bei allen Teilnehmern ein Gefühl voller Befriedigung hinterlassen. Es ist nicht nur gute sachliche Arbeit geleistet, sondern auch den engeren Fachgenossen auf dem Gebiet der Zivilprozeßwissenschaft Gelegenheit gegeben worden, persönliche Beziehungen anzuknüpfen, die hoffentlich der gemeinsamen Arbeit zustatten kommen werden.

Prof. Dr. A. Nußbaum, Berlin.

Handelskammer zu Berlin.

(Eingabe vom 3. Dezember 1921.)

Die neueste Entwicklung der Preise hat in den Verbraucherkreisen zu den lebhaftesten Klagen geführt und die Behörden — wir verweisen in dieser Beziehung auf die Erlasse des Preuß. Ministers des Innern v. 14. Sept. 1921, MinBl. 317, und v. 23. Nov. 1921 — dazu veranlaßt, die strenge Handhabung der Vorschriften der VO. gegen Preistreiberei als geeignete Maßnahme zu empfehlen. Wir billigen durchaus ein scharfes Einschreiten gegen unberechtigte Preistreiberei und Kettenhandel. Einzelne Ausführungen der erwähnten Verfügung lassen jedoch erkennen, daß die Bedeutung der gegenwärtigen Preisrevolution für den gewerblichen Mittelstand nicht in ihrem vollen Umfang erkannt wird. Dies gilt insbesondere von der Ausführung, die erhöhte Preise für diejenigen Gegenstände allgemein verwirft, die verhältnismäßig billig erstanden und seitdem auf Lager gehalten sind. Nach den Nachrichten, die wir von allen Seiten gegenwärtig erhalten, dürfte eine solche Auslegung der VO. geradezu zu einer Katastrophe für den Mittelstand in Handel und Gewerbe führen. Bei der bisherigen Steigerung der Preise hat es sich um die Auswirkung einer verhältnismäßig langsam einsetzenden Entwertung der Mark gehandelt, der sich das Gewerbe, wenn auch unter erheblichen Schwierigkeiten, anzupassen vermochte. Gegenüber dieser Entwicklung liegt bei dem neuen gewaltigen Sturz der Mark, deren Wert sich in wenigen Wochen z. B. gegenüber dem Dollar zeitweise um zwei Drittel verringert hatte, eine so außerordentliche Preisumwälzung vor, daß eine allmähliche Anpassung an dieselbe unmöglich erscheint. Die geltende Rechtsprechung gestattete bisher, indem sie vom Einkaufspreis ausging, nicht, denjenigen Preis zu nehmen, der erforderlich ist, um einen vorhandenen Warenbestand zu ergänzen. Diese Rechtsprechung muß, soweit ihr die Gewerbetreibenden folgen, bei der gegenwärtigen ungewöhnlichen Sachlage das Betriebskapital ebenso dezimieren, wie der Markwert dezimiert worden ist. Es wird uns aus zahlreichen Gewerbszweigen berichtet, daß die Lager in kurzer Zeit völlig ausverkauft sein werden und daß die Gewerbetreibenden mit

---

[1]) Der nachstehende Auszug ist von Herrn Prof. Stein selbst verfaßt. Der Vortrag erscheint in etwas erweiterter Gestalt demnächst in dem Sammelwerke „Zivilprozeß" (Verlag Bensheimer, Mannheim), das alle auf der Tagung gehaltenen Referate umfaßt, und wird auch als Sonderdruck unter dem Titel „Die Zivilprozeßreform" in den Buchhandel gelangen

dem Erlös, den sie erzielen, wenn sie die Preise nach den bisherigen Einstandspreisen berechnen, höchstens die Hälfte ihres bisherigen Warenbestandes ergänzen können. Viele Gewerbetreibende würden bei einer solchen Verringerung des Warenbestandes vom Weltbewerb ausgeschaltet werden.

Wenn die Preistreibereiverordnung bei der Bemessung des zulässigen Gewinns die Berücksichtigung aller Umstände fordert, so darf die Rücksicht auf die Erhaltung des bisherigen Warenbestandes ganz sicher nicht außer Augen gelassen werden. Für die Bemessung der Höhe des eigentlichen Reingewinns, der zur Neubildung von Kapital dient, hat das RG. bereits einen der Geldentwertung entsprechenden höheren Betrag als im Frieden in RGSt. 52, 3; 53, 119 für zulässig erklärt. Die Geldentwertung muß folgerichtig aber nicht nur bei der Vermehrung, sondern auch bei der Erhaltung des Betriebskapitals, also auch beim Einstandspreis berücksichtigt werden, und zwar um so mehr, als es durchaus im Sinn der neueren Gesetzgebung liegt und liegen muß, das Betriebskapital nicht nur nach der Markziffer, sondern in seinem sachlichen Bestand der Volkswirtschaft zu erhalten. Wir erinnern an die §§ 33a und 59a des EinkStG., die vorsehen, daß die Gewerbetreibenden durch Bildung von Rücklagen ihren Anlagebestand steuerfrei ergänzen. Es wäre ein Widerspruch unserer Gesetzgebung, wenn da, wo am ersten die Erhaltung des Kapitals erforderlich ist, nämlich im Verkehr mit dem Publikum, die Rücksicht, die der Staat bei der Einkommensteuer nimmt, nicht genommen werden dürfte. Dabei würde die Opferung der Betriebskapitalien, wie wir vielfach hörten, nur verhältnismäßig wenigen Käufern, die sich einzudecken in der Lage sind, zugute kommen und würden die Vorteile günstigstenfalls in die Hände der aus der Kriegszeit bekannten Aufkäufer und Gelegenheitshändler fallen. Vor allem würde der Zwang, die jeweils geltenden Kosten der Wiederbeschaffung unberücksichtigt zu lassen, geradezu ein Mittel zur Förderung des deutschen Ausverkaufs sein, den wir als einen der schwersten Schäden für unsere Volkswirtschaft empfinden. Der Ausverkauf wird jedenfalls wesentlich verzögert, wenn die Gewerbetreibenden berechtigt sind, für ihre billiger eingekauften Waren als Einstandspreis die Kosten der Neubeschaffung zu fordern.

Entschließen sich die Behörden dazu, beim polizeilichen Einschreiten gegen etwaige Preistreiberei nach vorstehenden Grundsätzen zu handeln, so enthebt man damit die ausführenden Stellen einer Aufgabe, der sie nicht gewachsen sind und der sie auch bei der sorgfältigsten Dienstanweisung nicht gerecht werden können. Die Schwierigkeiten, an der Hand der Umstände des einzelnen Falles, wie das bisher die Gerichte forderten, den Einstandspreis der einzelnen Ware, Unkosten, Kapitalzins, Risikoprämie, Unternehmerlohn und Unternehmerreingewinn zu ermitteln, sind so außerordentlich, daß ihre Bewältigung viel mehr Zeit und weit mehr juristische und Fachkenntnisse erfordert, als den ausführenden Organen zur Verfügung stehen. Hingegen ist an der Hand der jeweils geltenden Wiederanschaffungskosten ein angemessener Preis durch Sachverständige leichter festzustellen. Sicherlich bietet er eine größere Gewähr gegen Mißgriffe, als wenn die wirklichen Selbstkosten geprüft werden müssen. Daran, daß sie bei den nur in dringenden Fällen gebotenen polizeilichen Eingriffen berücksichtigt werden, besteht auch kein allgemeines Interesse. Denn ob die einzelnen Käufer, je nachdem ihr Verkäufer früher oder später gekauft hat, billiger oder weniger billig bedient werden, ist für die Allgemeinheit ohne Bedeutung. Ein polizeiliches Eingreifen durch Beschlagnahme und Veräußerung scheint uns zudem in den Fällen, in denen noch besonders billig eingekauft ist, ganz zwecklos zu sein, da die Ware nach Art. II Ziff. 3 der VO. v. 22. März 1917 zu „angemessenem“ Preis nach Anhörung eines Sachverständigen zu verkaufen ist. Für den angemessenen Preis kommt aber die Frage, wie der einzelne Händler eingekauft hat, nicht in Betracht. Soweit es sich darum handelt, daß infolge besonders niedriger Einkaufspreise eine nach Ansicht der Behörden unzulässige Preistreiberei vorliegt, kann unseres Erachtens die Verfolgung ohne weiteres polizeiliches Eingreifen dem ordentlichen Gerichtsverfahren überlassen bleiben.

> Demzufolge ersuchen wir, ein polizeiliches Einschreiten durch Beschlagnahme nur da zu veranlassen, wo unter Berücksichtigung der Kosten der Ersatzbeschaffung eine übermäßige Forderung vorliegt; in allen anderen Fällen des Verdachts strafbarer Handlungen es aber beim gewöhnlichen gerichtlichen Verfahren bewenden zu lassen.

Wir bitten außerdem, von unserer vorstehenden Auffassung den zuständigen Behörden Kenntnis zu geben und in ähnlicher Weise, wie dies in sehr sachgemäßer Weise von der Wucherstelle in Essen geschehen ist, für amtliche Aufklärung der Bevölkerung über die wahren Gründe der allgemeinen Preissteigerung Sorge tragen zu wollen.

Kleinere Aufsätze.

Scheidung russischer Staatsangehöriger durch deutsche Gerichte[1]).

Entgegen der fast einhelligen Ansicht des Schrifttums hat die Mehrzahl der deutschen Gerichte, insbesondere in Berlin, ihre Zuständigkeit zur Scheidung von Ehen russischer Staatsangehöriger trotz der veränderten Rechtslage verneint, sofern nicht eine besondere Bescheinigung der russischen Regierung darüber vorgelegt würde, daß das deutsche Gericht nach den Gesetzen des russischen Staates zuständig sei. Während eine solche bisher nicht beschafft werden konnte, hat jetzt die Vertretung der russischen sozialistischen föderativen Sowjet-Republik in Deutschland durch ihre juristische Abteilung unter dem 29. Nov. d. J. folgende Auskunft erteilt:

„Auf Grund eines uns zugegangenen Zirkulars der Ökonomisch-Juristischen Abteilung des Volkskommissariats des Auswärtigen in Moskau muß jede, auf Grund der von der Gesetzgebung des betreffenden Staates festgestellten Ordnung im Auslande vollzogene Ehescheidung russischer Staatsangehöriger von den Behörden der Sowjetregierung anerkannt werden, unabhängig von den Formen des Ehescheidungsverfahrens dieses Staates.

Das Obenerwähnte bezieht sich aber keinesfalls auf die möglichen Fälle von aus formellen Gründen zwangsweise vollzogenen Ehescheidungen russischer Staatsangehöriger, deren Ehe vom Standpunkte der Gesetzgebung der RSFSR. als gesetzliche zu betrachten ist: solche Ehescheidung, die gegen den beiderseitigen Willen vollzogen wurde, muß vom Standpunkt der Gesetzgebung der RSFSR. als nichtig anerkannt werden.“ RA. Moritz Henschel, Berlin.

Der obligatorische Sühneversuch vor dem Friedensrichter.

In Heft 19 der JW. von 1921 spricht sich RA. Kleybolte in Hannover über juristische Prophylaxe aus. Danach erscheint der Prozeß als ein Übel, eine Krankheit, die nicht genug vorbeugend bekämpft werden kann. In dem Zusammenhang erwähnt er das obligatorische Sühneverfahren. Er erkennt an, daß es viel Gutes wirken könne, das tue es aber schon jetzt auf dem Anwaltsbureau, durch obligatorische Einführung werde wenig geändert werden. Der Gedanke ist nicht ganz klar. Wenn er sodann auf den obligatorischen Sühneversuch bei Ehescheidungen hinweist, der zu einer reinen Formalität herabgesunken sei, und zu dem Schlusse kommt, so werde es mit dem obligatorischen Sühneversuch auch auf anderen Gebieten gehen, so setzt er sich in Widerspruch mit sich selbst und mit festgestellten Tatsachen.

Meine Ansicht ist folgende. Ein Prozeß ist häufig, zwar nicht für Rechtsanwälte oder den Fiskus, wohl aber für die Parteien ein Übel, ja ein Unglück, sowohl nach der materiellen, wie nach der idealen Seite hin. Man denke nur an die Bagatellprozesse, die schon in einer Instanz mehr Kosten verursachen, als das ganze Streitobjekt wert ist, — an die in der Verderbnis unserer Zeit sich mehrenden Prozesse unter nahen Verwandten, unter Ehegatten —, die den Frieden des Hauses, den Zusammenhang der Familie auf Jahre hinaus zerstören. Nun lassen sich Prozesse, wie Kriege, nicht ganz vermeiden. Wohl aber läßt sich ihre Zahl verringern. In einem geordneten Staatswesen sollte man nur solche Klagen zulassen, die unvermeidlich sind. Die Unvermeidlichkeit ist also festzustellen. Zu dem Zweck bedarf es eines obligatorischen Sühneversuchs für alle Prozesse, die nicht schleuniger Natur sind. Diesem Bedürfnis verdankt das vorzügliche Institut des Friedensrichters seine Entstehung, wie es in seiner Reinheit seit mehr als hundert Jahren in der Schweiz, seit mehr als fünfzig Jahren im Königreich Italien besteht. Der Friedensrichter wird vom Präsidenten des Oberlandesgerichts auf drei Jahre ernannt. Für das angesehene Staatsamt sind möglichst Personen in gehobener Lebensstellung zu berufen, namentlich ehemalige Beamte, Offiziere, Kaufleute. Juristische Kenntnisse sind nicht erforderlich. Der Friedensrichter hält seine Sitzungen im Rathaus ab, unterstützt von einem Sekretär und Gerichtsdiener, die ihm die Gemeinde zur Verfügung stellt. Er hat die doppelte Aufgabe, den Sühneversuch in allen, nicht schleunigen Streitsachen vorzunehmen und, wenn es nicht zur Einigung kommt, in den kleinen Händeln des täglichen Lebens, bis 100 Frs., das Urteil zu sprechen. Die Entscheidung ergeht nach den Grundsätzen der Billigkeit. Bei Gegenständen über 50 Frs. hinaus ist Berufung an das Amtsgericht zulässig. Das Verfahren ist schleunig, formlos und mit geringen Kosten verbunden. Der Friedensrichter erhält in Italien keine

[1]) Vgl. LG. München mit Anm. Neubecker JW. 1921, 1472 und LG. Berlin unten S. 45. D. S.

Entschädigung, in verschiedenen schweizerischen Kantonen eine Vergütung in Tagegeldern oder festen Bezügen.

Auf dieser Grundlage haben die 8500 italienischen Comiliatori von einer und einer halben Million Streitsachen, die 1904 bei ihnen anhängig wurden, rund eine Million in Güte beigelegt. Ebenso haben die Vermittler in der Schweiz nach dem Zeugnis des schweizerischen Juristen Dr. Enderli bedeutend mehr als die Hälfte aller Streitenden von langwierigen, kostspieligen und Unfrieden bringenden Prozessen abzuhalten vermocht. Das Obergericht in Zürich erstattet seit neunzig Jahren regelmäßige Rechenschaftsberichte über die Wirksamkeit der Friedensrichter. Danach haben diese im Sühneverfahren bei Zivilsachen in 45%, bei Ehrverletzungen in 70% gütliche Erledigung erzielt, — bei den in ihre Spruchzuständigkeit fallenden Zivilprozessen vollends in 90% aller Fälle! —

Diese glänzenden Erfolge erklären es, wenn in beiden Ländern Juristen wie Laien mit gleichem vaterländischem Stolz auf ein Rechtsinstitut blicken, das einem natürlichen Bedürfnis entsprungen, im besten Sinne als Volksgericht bezeichnet werden darf. Wenn ich seit dem Jahre 1907 immer von neuem für die Einführung des Instituts in Deutschland eingetreten bin, so möchte ich scharf betonen, daß die geschilderten außerordentlichen Ergebnisse nicht etwa auf das Sühneverfahren an sich zurückzuführen sind, sondern darauf, daß dies Verfahren von Anfang an bis auf den heutigen Tag von Friedensrichtern gehandhabt worden ist. Nur in dieser Form und Gestalt hat es sich so vortrefflich bewährt. Wollte man in Verkennung des Wesens der Sache den gelehrten Richter mit der Aufgabe betrauen, so würde freilich — darin hat Kleybolte vollkommen recht — der Mißerfolg der gleiche sein, wie er bei dem Sühneversuch in Ehesachen eingetreten ist. Liefert doch die ganze Bewegung für das Güteverfahren, die mit jedem Jahre stärker wird, den Beweis dafür, daß der Berufsrichter sich für diese Aufgabe nicht als geeignet gezeigt hat, wie es in der Natur des Richteramtes liegt.

Falls die Frage weiterer Klärung bedürfen sollte, ob der häßliche und verderbliche Kampf ums Recht, der die schlechten Triebkräfte der menschlichen Natur entfesselt, im materiellen und idealen Interesse der Bevölkerung nach Möglichkeit einzuschränken ist, wie dies in anderen Kulturländern längst geschehen ist, so wäre es wünschenswert, daß etwaige Gegner dieser Rechtswohltat zu den Tatsachen Stellung nehmen, die hier berichtet worden sind. (Vgl. meine Aufsätze „Conciliatori" in der Cöln. Ztg. v. 22. Juni 1907, „Friedensrichter in der DJZ. 1911, 966 ff. und „Die Aufgaben der Friedensrichter" in Recht, Verwaltung und Politik im neuen Deutschland, herausgegeben von Bozi und Heinemann. Ferd. Encke, Stuttgart 1916.) JR. Bamberger, Aschersleben.

Der Güterichter in Italien.

Wie bekannt, hat der Güterichter (Giudice Conciliatore, Schiedsmann, Friedensrichter), den die Verfasser der italienischen Zivilprozeßordnung alten römischen und neapolitanischen Überlieferungen zuliebe eingeführt haben, eine soziale und eine richterliche Funktion; die soziale in der Beilegung von Streitigkeiten jeder Art, die richterliche in der Entscheidung der ihrer Zuständigkeit (bis 100 Lire) unterliegenden Prozesse.

Fragen wir, in welcher Weise er sich dieser Aufgaben entledigt, so kommen wir zu wesentlich anderen Schlüssen als die deutschen Juristen, welche der Ansicht sind, daß der Volksrichter sich in Italien bewährt hat. Sagt doch ein so hervorragender Sachkenner wie Mortara, der hier nicht nur als Rechtslehrer, sondern als höchster Richter[1]) urteilt: „Auch jetzt dient in Italien wie früher im Königreich Neapel die Einrichtung des sogenannten Volksrichters dazu, die Streitlust der Bevölkerung zu fördern und nicht, sie zur Friedfertigkeit und gegenseitigen Duldung zu erziehen" (Ludovico Mortara, Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile Bd. III S. 13). In der Tat — man braucht nur an die wahrhaft riesige Zahl der vor allem in Süditalien und auf den Inseln im streitigen Verfahren vor dem so leicht zugänglichen Friedensrichter anhängig gemachten Prozesse zu denken! Und was soll man von den chimärischen Erfolgen sagen, welche die Verfechter des Güteverfahrens sich von dieser Einrichtung versprachen, als sie auf seine eigentliche und charakteristische Funktion hinwiesen, Streitigkeiten jeder Art beizulegen? Die Statistiken beweisen, daß die beigelegten Streitigkeiten mit einem Objekt von über 100 Lire eine höchst dürftige Zahl ausmachen[2]) und von geringerer Bedeutung sind, und daß „Erscheinen und Verhandlung vor dem Friedensrichter ein praktischer Weg geworden ist, um vorher geschlossenen Vergleichen unter Ersparung von Notariatsgebühren die nötige Form zu geben" (Mortara, a. a. O. S. 12).

Außer diesen allgemeinen kritischen Einwendungen Mortaras gegen das Institut als solches lassen sich verschiedene Fehler seiner heutigen Gestaltung in Italien aufzeigen; so z. B.: übermäßige Abhängigkeit von der Gemeindeverwaltung; fehlende Gewähr für die geistigen und sittlichen Fähigkeiten und für die Unabhängigkeit; zu weitgehende Beschränkung in der Auswahl; übertriebener Fiskalismus für Prozesse mit so geringem Objekt.

Kurz, wenn theoretisch der Gedanke einer Volksgerichtsbarkeit möglich erscheint, so hat das Institut des Friedensrichters wenigstens in der Form, in der es in Italien ausgestaltet wurde, in keiner Weise den begeisterten Hymnen entsprochen, mit denen es bei seiner Entstehung begrüßt wurde.

Prof. Dr. Mario Ghiron, Rom,
(übersetzt von RA. Dr. Ernst Frankenstein, Berlin).

[1]) Professor Ludovico Mortara, Italiens größte Autorität auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts, ist Chefpräsident des Kassationshofes in Rom. (Anm. des Übersetzers.)

[2]) Dem Übersetzer liegt die Statistik aus dem Bezirk des Appellhofs Palermo für 1899 vor. Hiernach wurden in diesem einen Appellhofsbezirk (Italien hat 22 Appellhöfe) im Jahre 1899 vor dem Friedensrichter rund 176 000 streitige Verfahren anhängig gemacht, von denen 89 000 durch Urteil, 16 000 durch gerichtlichen Vergleich und 71 000 durch Rücknahme, Nichtweiterführung und außergerichtlichen Vergleich erledigt wurden. Im Güteverfahren wurden dagegen nur 4085 Sachen bis 100 Lire und 135 Sachen über 100 Lire behandelt. (Anm. des Übersetzers.)

Die Verweigerung der Entlassung aus dem Justizdienst.

Der große Krieg, der auf allen Gebieten so tiefgreifende Umwälzungen hervorgerufen, hat auch auf die Personalverhältnisse der Justiz seine Wirkung nicht verfehlt. Während früher ein ungeheurer Andrang zum Richteramt herrschte und alle Stellen so besetzt waren, daß Assessoren viele Jahre lang unbesoldet auf ihre Anstellung warten mußten, hat sich seit einigen Jahren ein fühlbarer Mangel an Richtern und Staatsanwälten herausgestellt, der die Justizverwaltung zwingt, auf Abhilfe bedacht zu sein.

In seiner Not um richterliche Beamte und solche für die Staatsanwaltschaft hat sich das Preuß. Justizministerium eine Bestimmung des ALR. herangezogen, die sicherlich nur noch wenigen Gesetzeskundigen bekannt war:

10 II 94, 95 ALR. lauten:

§ 94.

Bei derjenigen Instanz, von welcher die Besetzung eines Amtes abhängt, muß auch die Entlassung davon gesucht werden.

§ 95.

Die Entlassung soll nur alsdann, wenn daraus ein erheblicher Nachteil für das gemeine Beste zu besorgen ist, versagt werden.

In dieser Bestimmung, die allerdings bis zum heutigen Tage nicht außer Kraft gesetzt ist, glaubt das Justizministerium eine gesetzliche Handhabe zu sehen, um Assessoren auf ihren Antrag die Entlassung aus dem Staatsdienst zu verweigern.

Ob mit Recht, soll im folgenden untersucht werden:

Der Wortlaut des Gesetzes ergibt zunächst, daß die Entlassung grundsätzlich nicht versagt werden soll, sondern nur wenn ein erheblicher Nachteil für das gemeine Beste zu besorgen ist. Ob diese Voraussetzung in concreto wirklich gegeben ist, erscheint mehr als zweifelhaft. Man wird diese Ausnahme vom Regelfalle auf ganz bestimmte Fälle begrenzen müssen, z. B. wenn in Zeiten der Gefahr während eines Krieges oder während innerer Unruhen, Beamte in wichtigen Stellungen auszuscheiden wünschen, bevor sie durch geeignete Kräfte ersetzt werden können. Die Frage, ob jetzt, in Friedenszeiten, ein gewisser Mangel an Richtern oder Staatsanwälten so bedenklich ist, daß hiervon ein „erheblicher Nachteil für das allgemeine Wohl" erwartet werden kann, möchte ich verneinen. Durch Zusammenlegung von Dezernenten kann man hier, soweit wirklich irgendwo zeitweilig ein Notstand eintritt, helfen. Im übrigen ist die Not an Richtern nur eine Frage der Besoldung. Da man sich aber den veränderten Verhältnissen nicht genügend anpassen will, zieht die deutsche Republik es vor, von einem Teil ihrer Bürger Zwangsarbeit gegen äußerst geringe Bezahlung leisten zu lassen. Mit wirklicher Personalnot hat dieses System nichts zu tun.

Haben wir danach festgestellt, daß die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts in einer nicht zu rechtfertigenden, weiten Weise interpretiert wird, so kommen wir weiter zu der Frage, ob diese landesrechtliche Bestimmung mit späteren Landes- oder mit Reichsgesetzen in Widerspruch steht.

Den Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht" stellt auch unsere neue Reichsverfassung als obersten Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz in Art. 13 auf.

Unter den Grundrechten der Deutschen ist in Art. 111 RVerf. die Freizügigkeit und das Recht, jeden Nahrungszweck zu betreiben, gewährleistet. Die Reichsverfassung geht mit dieser Begriffsbestimmung bewußt über den Begriff „Gewerbefreiheit" hinaus, da sie nicht nur Gewerbefreiheit im technischen Sinne für alle diejenigen

feststellen will, auf die die Gewerbeordnung Anwendung findet, sondern darüber hinaus „Gewerbefreiheit“ für jede andere der Beschaffung des Lebensunterhalts dienende Tätigkeit. Daß die Anwaltspraxis i. S. dieser Vorschrift auch ein Nahrungszweig ist, kann nicht in Zweifel gezogen werden.

Unter dem Abschnitt „Wirtschaftsleben“ wird noch einmal Freiheit von Handel und Gewerbe nach Maßgabe der Reichsgesetze verbürgt — Art. 151 RVerf. —; freilich kann man hier Zweifel hegen, ob sich die hier verbürgte Freiheit auch auf alle freien Berufe erstreckt oder nur auf Handwerk, Handel und Industrie zu beschränken ist.

Art. 111 spricht jedenfalls deutlich aus, daß jeder Staatsbürger berechtigt ist, jeden Nahrungszweig zu betreiben, wie und wann und wo es ihm innerhalb des Deutschen Reichs beliebt, soweit nicht in speziellen Gesetzen des Reichs Sonderbestimmungen enthalten sind.

Die Zulassung, die Berufsausbildung und die sonstigen Verhältnisse der Deutschen Anwälte sind nun reichsgesetzlich in der RAO. von 1878 in der Fassung der Nov. von 1910 geordnet. Diese bestimmt, daß Anwalt nur werden kann, wer die Befähigung zum Richteramt erlangt hat, also nach Vorschrift des § 2 GVG. die beiden juristischen Staatsprüfungen bestanden hat. Erfüllt der um Zulassung Nachsuchende diese Voraussetzung, so **kann** er in **jedem** Bundesstaat und **muß** in dem Bundesstaate zugelassen werden, in dem er die zweite Staatsprüfung bestanden hat. Versagt darf die Zulassung nur unter den im Gesetz einzeln aufgeführten Voraussetzungen werden; sonst muß sie erteilt werden, und zwar sofort, nicht erst nach einer gewissen Frist, die im Ermessen der Behörde stände.

Diese Vorschriften würden illusorisch gemacht, wenn es den Landesjustizverwaltungen gestattet wäre, Leuten, die die Befähigung zum Richteramt erlangt haben, die Entlassung aus dem Staatsdienst zu versagen, die notwendige Voraussetzung zur Zulassung zum freien Beruf eines Rechtsanwalts ist. Dieses Verhalten der Justizbehörde steht mit dem Wortlaut und dem Geist der Bestimmungen der RV. und der RAO. in Widerspruch. Dabei ist es gleichgültig, ob die Justizbehörde die Entlassung dauernd oder nur eine gewisse Zeit lang verweigert. In der Verweigerung an sich liegt eine Willkür, die durch die reichsgesetzlichen Bestimmungen nicht gerechtfertigt ist.

Schließlich soll noch auf allgemein anerkannte Grundsätze des Beamtenrechts hingewiesen werden. Nach heute herrschender Lehre ist zwar die Anstellung als Beamter kein zweiseitiger Vertrag, sondern einseitiger Verwaltungsakt, dessen Zulässigkeit und Gültigkeit aber durch die Einwilligung des Anzustellenden bedingt ist. Die gegen den Willen des Beteiligten vollzogene Anstellung ist ungültig, vgl. hierzu Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Teil, S. 582 ff. Eine allgemeine Pflicht, Beamter zu werden, besteht nicht, das Beamtenverhältnis kann nur freiwillig begründet werden. Man kann nun nicht etwa einwenden, der Assessor **sei** schon Beamter und habe sich nach der ersten juristischen Staatsprüfung freiwillig als Referendar vom Staate anstellen lassen. Die Anstellung als Beamter im Vorbereitungsdienst muß anders gewertet werden; der Referendar steht zwar in einem Beamtendienstverhältnis zum Staat, bekleidet aber, soweit er nicht vorübergehend mit einem Kommissorium betraut wird, noch kein Amt. Der Staat kann ihn daher auch nicht wie einen vollen Beamten werten, was er auch dadurch zu erkennen gibt, daß er die Tätigkeit als reine Ausbildungszeit zum eigenen Besten des Referendars ansieht und ihn nicht besoldet. Vor allem aber muß daran erinnert werden, daß das Gesetz für das Richteramt und für die Zulassung zur freien Advokatur dieselbe Ausbildung vorschreibt. Der mit Erfolg geprüfte Rechtskandidat, der sich als Referendar anstellen läßt, hat deshalb durchaus nicht seine Bereitwilligkeit zu erkennen gegeben, Staatsbeamter zu werden, soweit er nicht etwa eine besondere Erklärung dahingehend abgegeben hat. Tacitus consensus für die Freiwilligkeit Beamter zu werden, darf jedenfalls nicht früher angenommen werden, als nach der zweiten juristischen Staatsprüfung, wo der zum Richteramt Befähigte zuerst die Möglichkeit hat, sich für den Staatsdienst oder freien Beruf zu entscheiden.

Die Anstellung eines Assessors im Staatsdienst wider dessen Willen ist daher nach anerkannten staatsrechtlichen Grundsätzen ungültig. Die Ungültigkeit der Anstellung hat Vernichtbarkeit zur Folge. Die Vernichtung geschieht durch Widerruf, der ex tunc wirkt, zu dessen Vornahme die zuständige Behörde auf Antrag und von Amts wegen berechtigt und verpflichtet ist. Hat ein solcher „Beamter“ das Amt eines Prozeßrichters bekleidet, und wird seine Anstellung mit Wirkung ex tunc widerrufen, so können Urteile, bei denen er mitgewirkt hat, wegen nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden.

Das Beispiel zeigt, in welche Gefahr der Staat sich und die Rechtspflege mit seiner Auslegung dieser Bestimmung des ALR. begibt.

Referendar Dr. Arthur Just, Berlin.

Anfechtung letztwilliger Verfügungen auf Grund der wirtschaftlichen Umwälzung.

Auf dem Gebiete des Vertragsrechts sind zahlreiche, nur allzu sehr widersprechende Entscheidungen in durch die wirtschaftliche Umwälzung verursachten Prozessen ergangen; demgegenüber ist es auffallend, daß Entscheidungen über Anfechtung letztwilliger Verfügungen anscheinend noch nicht bekannt geworden sind, obwohl gerade auf erbrechtlichem Gebiete die Einwirkung der völlig veränderten Verhältnisse eine nicht weniger einschneidende ist. Jeder Erblasser, der vor dem Umsturz ein Testament oder einen Erbvertrag errichtete, hat in seine Erwägungen und Berechnungen außer der Größe des eigenen vermutlichen Nachlasses und den Vermögensverhältnissen des Bedachten die Kaufkraft des Geldes als einen so gut wie feststehenden Faktor eingestellt, auf Grund dessen er die Verteilung des Nachlasses unter Erben, die Höhe von Vermächtnissen, namentlich Renten, die Anordnung von Nacherbschaften usw. bestimmte. Es galt früher in zahlreichen Fällen für ein Gebot selbstverständlicher Vorsicht, den einen Erben — sei es die Witwe, die unverheiratete Tochter, den geschäftsungewandten Sohn — zu Vorerben, andere Personen dagegen zu Nacherben einzusetzen; so gut wie stets wurde ein solcher oder ähnlicher Testamentsinhalt nur dann gewählt, wenn der dem Erblasser nahestehende Vorerbe auskömmlich von den Erträgnissen des Nachlasses zusammen mit seinen sonstigen Einkünften leben konnte. Ähnliche Erwägungen walteten vor, wenn der Erblasser den Erben mit Rentenvermächtnissen beschwerte. Infolge der Entwertung des deutschen Geldes haben sich in den meisten derartigen Fällen die Berechnungen des Erblassers als ganz irrig erwiesen. Der Vorerbe oder Nießbrauchsberechtigte eines früher stattlichen Vermögens kann von dessen Erträgnissen oft den notdürftigsten Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten, nachdem die Kaufkraft der Mark auf einen winzigen Bruchteil gesunken ist; erschwert wird seine Lage noch durch die erdrückenden Steuern. In solchen Fällen wird die Frage zu prüfen sein, inwieweit auf Grund des geltenden Rechtes ein angemessener, dem wirklichen Willen des Erblassers und den Verhältnissen Rechnung tragender Rechtszustand herbeigeführt werden kann. Die maßgebende Gesetzesbestimmung ist § 2078 Abs. 2 BGB., wonach eine letztwillige Verfügung auch angefochten werden kann, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Der Irrtum in den Beweggründen wird für erheblich erklärt, gleichgültig, ob die irrige Vorstellung sich auf Tatumstände bezieht, die der Vergangenheit, Gegenwart **oder Zukunft** angehören. In der Kommission für die zweite Lesung des BGB. war angeregt worden, die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde nur zuzulassen, wenn sich der Irrtum auf die Vergangenheit oder Gegenwart beziehe, nicht aber wegen Irrtums über ein zukünftiges Ereignis. Dazu wurde ausgeführt (Prot. Bd. 5, 50), Vergangenheit und Gegenwart könne der Erblasser übersehen und sich eine bestimmte positive Vorstellung von den für ihn wesentlichen Umständen machen. Die Zukunft aber liege für ihn völlig dunkel da; allerdings sei es möglich, daß der Erblasser seine Entscheidung von dem Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten zukünftigen Ereignisses, der Heirat der Tochter, der Geburt eines Enkels usw. abhängig machen wolle. Dann liege aber eine eigentliche Bedingung vor, für diese Fälle seien besondere gesetzliche Bestimmungen nicht nötig. Wenn aber der Erblasser nur eine ganz allgemeine Vorstellung der kommenden Ereignisse gehabt habe, so sei es nicht angängig, eine Anfechtung des letzten Willens deshalb zuzulassen, weil der Verlauf ein anderer gewesen sei, als der Erblasser erwartet habe. Dieser Anregung wurde nicht stattgegeben, die Mehrheit der Kommission (Prot. Bd. 5, 51) ging von folgenden Erwägungen aus: Wenn der Erblasser durch eine positive und deutliche Vorstellung eines tatsächlichen Umstandes oder Ereignisses zu der letztwilligen Verfügung bestimmt worden sei, so müsse die Verfügung angefochten werden können, falls sich hinterher herausstelle, daß jene Vorstellung eine irrige gewesen sei; nicht jedes Ereignis, welches etwa für den Erblasser von Bedeutung hätte sein können, solle einen Grund zur Anfechtung abgeben, sondern nur ein solches, von dem der Erblasser sich eine positive Vorstellung gemacht habe. Es möge selten sein, daß der Erblasser durch die Vorstellung des Eintritts oder Nichteintritts eines solchen Ereignisses wirklich in seinem Willen bestimmt worden sei, ohne daß er eine Bedingung setze; aber derartige Fälle könnten vorkommen.

Im Anschluß an diese für die Fassung des § 2078 Abs. 2 maßgebenden Erwägungen nimmt RG. 86, 209 an, es bedürfe der Feststellung, daß der Erblasser den Eintritt oder Nichteintritt eines Umstandes angenommen oder erwartet habe, daß er dadurch zu der Verfügung bestimmt worden sei und daß seine Annahme oder Erwartung sich als irrig erwiesen habe (vgl. dagegen RG. 77, 174).

In Fällen der hier besprochenen Art wird sich oft — auch wenn ein direkter Beweis nicht zu führen ist — der Gedankengang des Erblassers unschwer rekonstruieren lassen. So wird die freie richterliche Beweiswürdigung fast regelmäßig zu der Überzeugung führen, daß der Ehemann oder Vater, der die Witwe oder die

Kinder auf den Nießbrauch an ihrem Erbteil beschränkt, von der bestimmten Annahme ausging, die Erträgnisse dieses Vermögens würden dem Bedachten allein oder in Verbindung mit dessen sonstigen Einkünften zum mindesten den standesgemäßen Unterhalt gewährleisten. Es bedarf deshalb in solchen Fällen nicht der Erörterung der müßigen Frage, ob der Erblasser mit der Möglichkeit eines Krieges oder Umsturzes gerechnet hat, sondern die Feststellung, daß er das Zugewandte für den von ihm gedachten Zweck für ausreichend halten mußte und gehalten hat, wird zur Anwendung des § 2078 Abs. 2 genügen; der Fall liegt dem des Irrtums über die Größe des Nachlasses gleich (vgl. Warneyer 1912 Nr. 88). Ob der Erblasser durch diese irrige Annahme zu der Verfügung bestimmt worden ist, wird sich meist auf Grund der gesamten Umstände des Falles ermitteln lassen. Bei den oben gewählten Beispielen (Beschränkung nächster Angehöriger auf Vorerbschaft oder Nießbrauch) wird diese Frage meist ohne weiteres zu bejahen sein, da die Vermutung dafür spricht, daß der Erblasser in auskömmlicher Weise für sie sorgen wollte.

Liegt im Einzelfall danach eine anfechtbare letztwillige Verfügung vor, so ergeben sich die weiteren Konsequenzen aus dem Gesetz. Von besonderer Bedeutung ist, daß die Anfechtung immer nur eine Verfügung beseitigen, niemals aber eine solche ins Leben rufen kann, die der Erblasser bei Kenntnis der Dinge errichtet haben würde. So würde in dem oben gewählten Beispiel der Nacherbfolge der Erblasser schon aus steuerlichen Gründen meist die befreite Vorerbschaft gewählt haben; die Anfechtung kann diesem mutmaßlichen Willen keine Geltung verschaffen, sie kann nicht zu einer rechtsgestaltenden Abänderung des letzten Willens führen (vgl. RG. 12. Juli 1919, LZ. 1920 Sp. 310 Nr. 6). Zu welchem praktischen Ergebnis die Anfechtung führt, ob zur Aufrechterhaltung einzelner Bestimmungen gemäß § 2085, ob zur Annahme der gesetzlichen Erbfolge, kann sich nur aus den Umständen des Einzelfalles ergeben.

Von praktischer Bedeutung ist in allen Fällen die einjährige Ausschlußfrist des § 2082 BGB. Die für den Fristbeginn maßgebende Kenntnis des Anfechtungsberechtigten von dem Anfechtungsgrund wird erst in dem Augenblick als vorhanden gelten müssen, in dem er erkennen muß, daß die veränderten Verhältnisse Aussicht auf eine durchgreifende Besserung nicht mehr bieten. In manchen Fällen wird daher der Lauf der Frist noch nicht oder erst vor kurzem begonnen haben. Bei noch nicht ausbezahlten Vermächtnissen, Renten u. dgl. kommt daneben § 2083 in Betracht; danach kann, wenn durch die anfechtbare letztwillige Verfügung die Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung durch Fristablauf ausgeschlossen ist.

Die gleichen Grundsätze gelten für die Anfechtung von Erbverträgen nach Maßgabe der §§ 2281 ff.

RA. Dr. Carl Neukirch, Frankfurt a. M.

Aussteuer und jüdische Sitte.

Die in JW. 1921, 1455 unter Nr. 4 wiedergegebene Reichsgerichtsentscheidung kann ich nicht unerörtert lassen. Ich glaube, daß sie in weiten Kreisen nicht Beifall, wie ihn Neubecker in einem wesentlichen Punkte seiner Fußnote ihr zollt, sondern Befremden wecken wird.

Der Gedankengang des RG. ist etwa folgender: Der § 1620 entspringe dem Bestreben des Gesetzgebers, die hergebrachte deutsche Sitte zum Rechtssatze zu erheben, wonach die Tochter die zur Einrichtung des neuen Hauswesens erforderlichen Gegenstände ihrem Manne mit in die Ehe bringe. Diese Aussteuerpflicht der Eltern finde nach dem Gesetz seine Einschränkung einerseits durch die Anforderungen, welche die Einrichtung des neuen Haushalts stelle, andererseits durch etwa in „gewissen Gegenden bestehende allgemeine Sitten, nach der der Tochter grundsätzlich kein Anspruch auf Gewährung gewisser an sich zur Einrichtung gehöriger Gegenstände gegen die Eltern zustehen soll". Dagegen könne eine „der deutschen Sitte widersprechende jüdische Sitte" nicht dazu führen die Aussteuerpflicht der Eltern einzuschränken, also einen Anspruch der verheirateten Tochter auf Gewährung der Wohnungseinrichtung auszuschließen.

Hierzu ist zu bemerken:

a) Der Rechtssatz des § 1620 BGB., daß der Vater unter Berücksichtigung seiner und seiner Tochter Vermögenslage zur Gewährung einer angemessenen Aussteuer verpflichtet ist, ist so klar und eindeutig, daß es einer Auslegung durch die Absicht des Gesetzgebers (!) und durch seine historischen Grundlagen nicht bedarf.

b) Wesentlich allein ist die Frage: was ist angemessen? Hier läßt das Gesetz offensichtlich der Sitte einen Spielraum. Das erkennt auch das RG. an.

Es spricht von dem „sich nach Orts- und Familiensitte bestimmenden Umfang", von einem Umfange, wie er sich unter Berücksichtigung der örtlichen und Familiensitte als angemessen erweist.

In dem entscheidenden Teile seiner Gründe ist aber alles rein auf die örtliche, die in gewissen Gegenden bestehende allgemeine Sitte, auf den in Hamburg allgemein üblichen Umfang abgestellt.

Diese alleinige Rücksichtnahme auf regionale Momente ist im Gesetz — und insoweit mißbilligt wohl auch Neubecker die Entscheidung — in keiner Weise begründet.

Für die Angemessenheit sind die gesamten, sich aus den verschiedensten, keinesfalls bloß aus örtlichen Faktoren bestimmenden Verhältnisse: soziale Stellung, Vermögenslage, Wohnsitz, Religion, Abstammung, kurzum der Gesamtlebenskreis der beteiligten Person maßgebend. Die anerkannte Sitte einer Gesellschaftsschicht ist vom Richter ebenso in Betracht zu ziehen, wie die Sitte irgendeiner Gegend.

c) Daraus ergibt sich die Fehlerhaftigkeit des Satzes, auf den das Reichsgericht schließlich seine Entscheidung unmittelbar stützt, daß eine der deutschen Sitte widersprechende jüdische Sitte unbeachtlich sei.

Dieser Satz, den Neubecker begrüßt, muß befremden. Deutsch und jüdisch ist im Rahmen der Rechtsgemeinschaft des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches kein Gegensatz. Wo das Gesetz die Anschauungen und Sitten der Beteiligten beachtet, hat jede Gesellschaftsschicht deutscher Staatsbürger, auch der durch Abstammung und Religion zusammengehaltene Kreis der jüdischen Deutschen Anspruch auf Anerkennung der in ihm bestehenden Gebräuche. Auch seine Sitte, die der örtlichen Sitte nicht zu weichen braucht, ist deutsche Sitte im Sinne des geltenden Rechts.

Geh. JR. Dr. Eugen Fuchs, Berlin.

Die Berechnung des Pauschsatzes auf Grund des Ges. v. 8. Juli 1921.

In Art. I Ziff. 5 ist der höchst zulässige Pauschsatz auf 450 bzw. 540 ℳ erhöht.

In Art. II ist ein Zuschlag bewilligt, der von den nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte und dem Gesetz v. 18. Dez. 1919 zu erhebenden Pauschsätzen berechnet wird und bis auf weiteres 100% beträgt.

Handelt es sich hiernach um einen Pauschsatz bis zu 225 bzw. 270 ℳ, so daß einschließlich des Zuschlages 450 bzw. 540 ℳ zu berechnen wären, so bestehen keine Zweifel. Geht aber der Pauschsatz über diese Beträge hinaus, so erhebt sich die Frage, ob die Bestimmung in Art. I Ziff. 5 der Berechnung eines den Betrag von 450 bzw. 540 ℳ übersteigenden Pauschsatzes einschließlich des Zuschlages entgegensteht. Anders ausgedrückt: Beträgt der Höchstpauschsatz einschließlich des Zuschlages niemals mehr als 450 bzw. 540 ℳ?

Diese Frage bejaht die von Bureauvorsteher Herm. Steinecke und Ludwig Müller in Erfurt herausgegebene Tabelle.

Aber zu Unrecht! Art. I Ziff. 5 ändert die bisherige Gebührenordnung und das Ges. v. 18. Dez. 1919 ab. Die gemäß Art. II dem Zuschlag zugrunde liegende Berechnung des Pauschsatzes hat diese Änderung zu berücksichtigen. Wäre dies nicht der Fall, so wäre die Bestimmung Art. I Ziff. 5 sinnlos, denn dann müßte bei der Berechnung auch der bisherige Höchstpauschsatz berücksichtigt werden und ein höherer Pauschsatz einschließlich des Zuschlages als 300 bzw. 360 ℳ wäre nicht möglich. Der Höchstpauschsatz von 450 bzw. 540 ℳ würde also nie erreicht.

Beispiel: Prozeßgebühr 1200 ℳ, Pauschsatz 360 ℳ, früherer Höchstpauschsatz 150 ℳ, Pauschsatz einschließlich Zuschlag 300 ℳ.

Geht man aber davon aus, daß durch Art. I Ziff. 5 die bisherige Gebührenordnung und das Ges. v. 18. Dez. 1919 abgeändert sind und diese abgeänderten Gesetze der Berechnung des Pauschsatzes gemäß Art. II zugrunde zu legen sind, so ist es notwendig, den Pauschsatz vorab bis zu einer Höchstgrenze von 450 bzw. 540 ℳ zu berechnen und den Zuschlag hinzuzurechnen.

Beispiel: Prozeßgebühr 1200 ℳ, Pauschsatz 360 ℳ, Pauschsatz einschließlich Zuschlag 720 ℳ.

Prozeßgebühr 300 ℳ, Höchstpauschsatz 450 ℳ, Pauschsatz einschließlich Zuschlag 900 ℳ.

Gegen diese Beweisführung könnte allenfalls geltend gemacht werden, daß die Bestimmung Art. I Ziff. 5 zwar sinngemäß den Wegfall der früheren Höchstpauschsätze bedinge, sich aber andererseits auf den Pauschsatz einschließlich des in Art. II zubewilligten Zuschlages beziehe, infolgedessen Pauschsatz einschließlich Zuschlag den Betrag von 450 bzw. 540 ℳ nicht übersteigen dürfe.

Beispiel: Prozeßgebühr 1200 ℳ, Pauschsatz 360 ℳ, Pauschsatz einschließlich Zuschlag 450 ℳ.

So auch die oben erwähnte Tabelle. Dies ist aber aus folgenden Gründen nicht richtig:

Wenn Art. I Ziff. 5, wie oben erörtert, den Sinn hat, daß dadurch die früheren Höchstpauschsätze abgeändert werden, so kann sein Sinn nicht zugleich sein, auch die Pauschsätze einschließlich der Zuschläge zu beschränken, weil früher keine Zuschläge bestanden.

Sodann ist es gesetzestechnisch unrichtig, dem vorangehenden Art. I auch Bedeutung für eine Materie zu geben, die zum ersten Male in Art. II behandelt wird.

Schließlich hätte aber für den Gesetzgeber auch nichts näher gelegen, als einem dahingehenden Willen in Art. II Ausdruck zu verleihen.

Ausschlaggebend dürfte der Zweck des Ges. v. 8. Juli 1921 die Antwort auf die oben gestellten Fragen beeinflussen.

Art. I Ziff. 5 trägt den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen, der Geldentwertung, genau wie in den Ziff. 1 bis 4 Rechnung. Die Streitwerte sind infolge der Geldentwertung derart gestiegen, daß die früheren Höchstpauschsätze dem Grundsatze, daß der Pauschsatz $^3/_{10}$ der Gebühren betrage, geradezu hohnsprechen. Infolgedessen erwies sich eine Erhöhung der Höchstpauschsätze als notwendig.

Mit dieser Abänderung war aber den Interessen des Anwaltsstandes nicht in vollem Umfange gedient, vor allem nicht den Anwälten, bei denen große Objekte etwas Seltenes sind. Es blieb nämlich weiter zu berücksichtigen, daß die Unkosten derart ins Ungemessene gewachsen waren, daß der bisher gerechnete Pauschsatz dazu in keinem Verhältnis stand. Hier wählte der Gesetzgeber als vorübergehende Maßnahme die Form des Zuschlages, um die bisherige Berechnungsweise bestehen zu lassen. Erst die Erhöhung der Höchstpauschsätze und der Zuschlag, Art. I und II, erfüllen hiernach den gesetzgeberischen Gedanken.

Vergleichend möge schließlich noch darauf hingewiesen werden, daß auch die erhöhten Gebühren des Gesetzes v. 18. Dez. 1919 bestehen geblieben sind und daß Art. II des Ges. v. 8. Juli 1921 zu diesen erhöhten Gebühren die Zuschläge bewilligt.

Die gestellte Frage ist dahin zu beantworten: Pauschsatz einschließlich Zuschlag werden in Art. I Ziff. 5 nicht auf 450 ℳ bzw. 540 ℳ begrenzt, sondern der Pauschsatz allein, so daß der Pauschsatz einschließlich Zuschlag die Summe von 900 bzw. 1080 ℳ erreichen kann. Die gleiche Auffassung wird von Friedländer, Ergänzungsheft zur 6. Aufl. d. Kommentars und von Walter-Joachim Anm. II d vertreten. D. S.

RA. Dr. Bolten, Düsseldorf.

Rechtsprechung.

A. Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Bitter und Justizrat Dr. Schrömbgens.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

Reichsrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

**1. Zur Frage, ob die irrige Vorstellung von der Überschuldung des Nachlasses einen Irrtum über eine verkehrsrechtliche Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. darstellt oder nicht.] †)

Aus den Gründen: Die Revision vertritt die Meinung, daß die irrige Vorstellung von der Überschuldung des Nachlasses einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. darstelle. Die Bekl halten dieser Ansicht die v. 5. und 6. ZS. des RG. bei Warn. Rspr. 1909 Nr. 528 und in RG. 73, 136[1]) im Anschluß an frühere Entscheidungen entwickelte, auch in wiederholten späteren Entscheidungen (Warn. Rspr. 1912 Nr. 287, 1914 Nr. 271; Urt. v. 21. Juni 1919 V. 157/19) festgehaltene Auffassung entgegen, daß § 119 Abs. 2, indem er als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch den Irrtum über solche Eigenschaften der Sache gelten lasse, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, sich gemäß § 90 BGB. nur auf körperliche Gegenstände beziehe und wegen seiner besonderen Natur auf andere Erklärungsgegenstände auch nicht entsprechend anzuwenden sei. Diese Auffassung hat im Schrifttum fast einmütigen Widerspruch gefunden. Der 1. ZS. des RG. ist von ihr in einer beiläufigen Bemerkung (JW. 1914, 674[2]) bereits abgewichen. Auch der erkennende Senat trägt Bedenken, sich ihr anzuschließen, kann die Streitfrage aber hier auf sich beruhen lassen. Denn selbst wenn der Nachlaß, trotzdem er als ein Vermögensinbegriff (§ 1922 Abs. 1 BGB.) kein körperlicher Gegenstand ist, i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. als eine Sache oder als ein einer solchen gleich zu behandelnder Gegenstand aufgefaßt werden könnte, würde die Anwendbarkeit jener Vorschrift auf den vorliegenden Fall mit dem BG. zu verneinen sein. Ob ein Nachlaß überschuldet ist, ergibt sich regelmäßig erst aus einer Schätzung des Wertes seiner einzelnen Bestandteile und aus einem Urteile darüber, ob und inwieweit die gegen den Nachlaß geltend gemachten Forderungen ihrem Grunde und ihrer Höhe nach berechtigt sind. Das Ergebnis einer derartigen tatsächlichen und rechtlichen Abwägung, mag es nun ein die Passivbestandteile übersteigender Wert der Aktivbestandteile oder umgekehrt eine Überschuldung des Nachlasses sein, ist keine dem Nachlaß innewohnende Eigenschaft, wie auch sonst Werturteile über eine Sache anerkanntermaßen keine Sacheigenschaft begründen können (RG. 64, 269[2]); Warn. Rspr. 1909 Nr. 502). An der von der Revision angezogenen Schriftstelle (RGR., BGB.³ § 1954 Anm. 1) wird im Anschluß an den — mit der gemeinen Meinung im Schrifttum übereinstimmenden — Satz, daß eine irrige Vorstellung über den Bestand (also auch über die Schulden) oder den Wert des Nachlasses nur ein Irrtum im Beweggrunde zur Annahme oder Ausschlagung sei, allerdings bemerkt, bei einem überschuldeten Nachlasse könnte unter Umständen ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften angenommen werden. Ob eine solche Annahme etwa unter besonderen Umständen möglich ist, kann dahingestellt bleiben. In der vorliegenden Sache sind jedenfalls keine Umstände vorgebracht, die eine Abweichung von der für die Regel gebotenen gegenteiligen Auffassung rechtfertigen können. Die Überschuldung oder die Aktivbilanz des Nachlasses hängt hier wesentlich von der Beurteilung der zweifelhaften und unter den Parteien streitigen Rechtsnatur der

[1]) JW. 1910, 388.
[2]) JW. 1907, 4.

Zu 1. Die Entsch. ist richtig; aber die Begründung übersieht den Hauptgrund der Richtigkeit.

Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung versagt das RG. deshalb, weil kein Irrtum vorliege, der sich unter § 119^2 bringen ließe.

Das RG. würde also Anfechtung wegen Irrtums zulassen, wenn z. B. jemand eine Erbschaft ausgeschlagen hat, weil er irrtümlich annahm, daß der Erblasser Wucherer gewesen sei. Zulassung der Anfechtung in solchen Fällen würde aber unerträgliche Folgen haben; denn sie macht die Rechtsstellung dessen, der nach der Ausschlagung Erbe geworden ist, möglicherweise 30 Jahre hindurch unsicher (§ 121^2). Gleichwohl scheint § 1954 wegen seiner allgemeinen Fassung (§ 1954^2, „in den übrigen Fällen“) die Anfechtung wegen Irrtums für möglich zu halten, wenngleich er sie nicht ausdrücklich zuläßt. Und § 119^2 nimmt die Ausschlagung einer Erbschaft von der Anfechtbarkeit nicht aus; denn auch sie ist sicher eine „Willenserklärung“.

Trotzdem läßt sich dartun, daß § 119^2 auf eine Erbschaftsausschlagung nicht angewendet werden darf.

I Nach Mitteilung von Richtern, die Jahrzehnte hindurch im Amte sind, ist ihnen der Fall, daß die Ausschlagung einer Offerte inter vivos wegen Irrtums aus § 119^2 angefochten wäre, nicht begegnet. Auch der RGR.-Kommentar weiß nichts davon. Es ist auch erklärlich, daß diese Anfechtung schwerlich praktisch werden kann. Die Annahme einer Offerte infolge Eigenschaftsirrtums fechte ich nur an, wenn mir der Vertrag nach der wahren Sachlage als für mich zwecklos erscheint. Und der Richter wird meiner Anfechtung nur dann stattgeben, wenn er überzeugt ist, daß ein verständiger Mensch bei Kenntnis der wahren Sachlage die Offerte nicht angenommen hätte, und daß mir deshalb auch bei billiger Berücksichtigung der Interessen des Gegners nicht zugemutet werden könne, den Vertrag auszuhalten (vgl. JW. 1921, 826/28). Der Richter will mich dann vor Schädigung durch den Vertrag bewahren.

Die Ausschlagung einer Offerte werde ich dagegen aus § 119^2 nur dann anfechten, wenn ich glaube, durch meinen Irrtum um ein mir vorteilhaftes Geschäft gekommen zu sein. Und der Richter, der die Anfechtung zuließe, würde dies nicht tun, um mich vor einem drohenden Schaden zu bewahren, sondern um mir auf Kosten eines anderen zu einem Vorteil zurückzuverhelfen, dessen ich mich durch die Ausschlagung bereits begeben hatte. Zu solcher Wiedereinsetzung in eine bereits aufgegebene günstige Lage

aus dem Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft an den Erblasser als damaligen Teilhaber dieser Gemeinschaft geleisteten Zahlungen ab. Hat der Kl. sich durch die Annahme einer aus diesem Rechtsverhältnis entspringenden Nachlaßschuld und darauf beruhender Überschuldung des Nachlasses zur Ausschlagung der Erbschaft bestimmen lassen und sollte die angenommene Nachlaßschuld in Wahrheit nicht bestehen, so handelt es sich um einen bloßen Irrtum im Beweggrunde, den das BG. nach dem allein in Betracht kommenden § 119 BGB. mit Recht für unbeachtlich erklärt hat.

(R. w. H. u. Gen., U. v. 26. Sept. 1921; 31/21 IV. — Kiel.) [B.]

2. Bedeutung der Klausel: „Im Anschluß an Verkäufers Kontrakt und Maßnahmen". Verpflichtung des Verkäufers zur Mitteilung an den Käufer, aus welchem Abschluß er ihn beliefern will.] †)

Aus den Gründen: Der Sinn der Klausel kann nur der sein, daß alle Vertragsbedingungen, die in dem zwischen dem Verkäufer und seinem Lieferanten getätigten Deckungsgeschäfte vereinbart sind oder werden, auch als Bedingungen des zwischen Verkäufer und Käufer geschlossenen Kaufvertrags gelten sollen, soweit sie nicht mit den besonderen Bedingungen dieses Vertrags unvereinbar sind. Dem BR. kann deshalb nicht entgegengetreten werden, wenn er insoweit kein Be-

---

könnte der Richter aber nur dann bereit sein, wenn er die Interessen des anderen, der durch meine Wiedereinsetzung benachteiligt wird, für so wenig schutzwürdig hielte, daß er sich gedrungen fühlte, sie meinem Streben nach Wiedererlangung eines bereits aufgegebenen Vorteiles zu opfern. Und zu diesem Urteil wird der Richter schwerlich jemals gelangen. Aber auch der Irrende selbst wird, wenn er ein anständiger Mensch ist, kaum auf den Gedanken kommen, die Anfechtung zu versuchen. Wenn A. sich dem B. als Hauslehrer anbietet und B. ablehnt, weil er den A. irrtümlich für einen Trinker hält, so würde es doch eine sehr unbillige Bindung des A. bedeuten, wenn B. später die Offerte durch Anfechtung sollte wiederherstellen und so einen Vertrag sollte zustandebringen können, der dem A. vielleicht gar nicht mehr zusagt. Ein anderes Beispiel: P. offeriert zwei geflüchteten Balten, R. und S., in einem an sie gemeinsam gerichteten Briefe seine Ein-Familienwohnung, und zwar an erster Stelle dem ihm näher bekannten R., — falls dieser aber nicht reflektiere, dem S. R. schlägt aus; S. nimmt an. Später will R. seine Ausschlagung anfechten, weil er über die für ihn wesentliche örtliche Lage der Wohnung geirrt habe. Auch hier wird die Anfechtung zurückgewiesen werden müssen, weil sie unbillig erscheint.

Zudem würde die Anfechtung dem Anfechtenden wenig mehr nützen, sobald der Gegner sich im Vertrauen auf die Gültigkeit der Ausschlagung bereits anderweit festgelegt hat. Dann griffe nämlich zugunsten des Gegners § 122 durch. P., der die Wohnung an S. vermietet hat — A., der sich inzwischen von X. als Hauslehrer engagieren ließ —, könnten dem Anfechtenden entgegnen: bevor du Erfüllung des neuen Vertrages verlangst, stelle den Zustand her, der bestehen würde, wenn der dich zum Ersatz verpflichtende Umstand, d. h. die Erweckung des Vertrauens auf die Gültigkeit deiner Ausschlagung, nicht eingetreten wäre; m. a. W., mache uns los von dem mit S. bzw. X. geschlossenen Vertrage (§ 249). Ich glaube aber, man könnte oft noch weiter gehen und den Anfechtungsgegner, nachdem er sich bereits anderweit festgelegt hat, auf Grund von § 275 [2] ganz frei machen; denn dem infolge der Anfechtung der Ausschlagung zustande gekommenen Vertrage würde man doch wohl als Abschlußzeitpunkt den Augenblick der Ausschlagung geben müssen; und dann läge für den Anfechtungsgegner in unseren Beispielen und auch sonst oft nachträgliches kasuelles Unvermögen zur Leistung vor.

II. Die Erbeinsetzung ist nun nichts anderes wie eine Offerte; eine Offerte mortis causa. Wer einen anderen zu seinem Erben beruft, offeriert ihm lediglich die Wertbewegung Erbfolge; er kann ihn nicht gegen seinen Willen endgültig zum Erben machen. Diese Auffassung, die ich schon lange vertrete (Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung [1907], S. 55/56), wird freilich in der Literatur wohl kaum beachtet; aber sie hat an den Rechtssätzen festen Rückhalt. Am klarsten im Gemeinen Rechte bei den extranei heredes. Testament wie Erbvertrag tragen ihnen die Erbfolge lediglich an: Erbe werden sie erst dadurch, daß sie den Antrag annehmen. Dann allerdings wirkt die Annahme zurück bis zum Augenblicke des Todes; aber Rückwirkung ist nichts, was nur der Annahme mortis causa eigentümlich wäre; Art. 321 des ADHG. bestimmte allgemein für Handelsgeschäfte:

> Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zustande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.

Ob und wieweit eine Annahme zurückwirken muß, entscheidet sich nach praktischen Erwägungen; diese verlangen für die Annahme der Erbfolge Rückwirkung bis zum Todesfall

Bei den extranei heredes des Gemeinen Rechtes ist die Parallele zwischen Offerte inter vivos und Offerte mortis causa also unabweisbar. Aber auch den sui heredes des Gemeinen Rechtes und sämtlichen Erben des Bürgerlichen Rechtes wird, durch Testament wie durch Erbvertrag, die Erbfolge lediglich angetragen. Sie werden Erben freilich nicht bloß durch Annahme, sondern auch durch Verschweigung (Dernburg, Pandekten Bd. 3 §§ 163, 164; BGB. §§ 1943, 1944). Aber der Abschluß einer Wertbewegung durch Verschweigung ist, wie § 151 BGB. zeigt, ebenfalls auch inter vivos möglich, beeinträchtigt die Parallele also nicht. Und das angebliche ipso iure — Erbe werden mit dem Todesfall (§ 1922 BGB.) steht auch nicht entgegen. Denn diese Erbenstellung des Berufenen vor seiner Annahme oder Verschweigung weist gerade die wichtigsten Eigentümlichkeiten der normalen Erbenstellung nicht auf. Nicht bloß ihm selbst (§ 1942 [1]), sondern, wenn er vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstarb, auch seinem Erben (§ 1952 [1]) bleibt das Recht der zurückwirkenden Ausschlagung erhalten; und Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, können gegen diesen „provisorischen" Erben nicht gerichtlich geltend gemacht werden. In Wahrheit ist dieser nur Verwalter des Nachlasses (§ 1959); vergleichbar etwa in seinen Befugnissen und Pflichten einem Käufer, der ein Pferd auf Probe gekauft (§ 495) und sich noch nicht entschieden hat.

III. Die Ausschlagung des durch Testament (oder Erbvertrag) zur Erbfolge Berufenen ist demnach Ausschlagung einer Offerte und unterscheidet sich in keinem wesentlichen Punkte von der Ausschlagung sonstiger Offerten. Es ist auch kein rechtspolitischer Anlaß gegeben, die Anfechtung der Erbfolgeausschlagung aus § 119 [2] anders zu behandeln als dieselbe Anfechtung gegen Ablehnung anderer Offerten. Geschädigt wird durch die Anfechtung allerdings nicht der Offerent (weil er nicht mehr lebt), sondern ein Dritter, der Eventualberufene. Aber Schädigung Dritter kann durch Anfechtung einer sonstigen Offertenausschlagung ebenfalls bewirkt werden.

> Ein Geschäftsmann hat die Einbringung und Übereignung seiner Ladeneinrichtung einer OHG. angeboten; die Offerte wird abgelehnt. Der Offerent verheiratet sich demnächst und tritt mit seiner Frau in allgemeine Gütergemeinschaft; die Ladeneinrichtung tritt dadurch nach § 1438 [2] in das Eigentum der gesamten Hand. Föchte jetzt die OHG. ihre Ablehnung aus § 119 [2] mit Erfolg an, so ginge jenes Eigentum der gesamten Hand rückwirkend wieder verloren.

Die mißlichen Folgen, welche die Zulassung der Anfechtung für den Gegner haben würde, sind oben schon beleuchtet; und der Anfechtende selber würde durch § 122 auch arge Enttäuschungen erleben können. Ein Fall, in dem diese Anfechtung aus § 119 [2] von den Gerichten zugelassen wäre, ist mir nicht bekannt. Man wird daher Anstand nehmen müssen, sie lediglich deshalb zuzulassen, weil der Wortlaut des § 119 der Zulassung nicht entgegenstehe.

Geh. JR. Prof. Dr. E. Stampe, Greifswald.

Zu 2. Die außergewöhnlichen Schwierigkeiten unseres Wirtschaftslebens und die gänzliche Unübersehbarkeit seiner künftigen Entwicklung drängen unseren Handel, der oft in risikovoller Zwischenstellung steht, dazu, durch Vertragsklauseln sich davor zu schützen, daß er auf der einen Seite in schwere Bedrängnis gerät, ohne sich an der anderen Seite schadlos halten zu können. Zwecken dieser Art dient auch die obige, in ihrer Knappheit vielleicht zu mancherlei Zweifeln Anlaß gebende Vertragsklausel. Das RG. legt diese Klausel nun dahin aus, daß der Verkäufer alsbald nach seiner Eindeckung dem Käufer durch Benennung des bestimmten Lieferanten und Mitteilung der mit diesem getroffenen Vertragsbestimmungen seinerseits Nachricht geben muß, und zwar unaufgefordert. Mit Recht betont das RG., daß, wenn die erst im Prozesse erfolgende Mitteilung genügen werde, damit der Käufer schutzlos der Willkür des Verkäufers preisgegeben wäre. Deshalb kann so die Klausel nicht ausgelegt werden. Auf der anderen Seite belastet aber doch die Annahme des RG., der Verkäufer müsse, sobald er dazu imstande sei, dem Gegenkontrahenten den Vertragskontrahenten und die Bedingungen seines Deckungsgeschäfts mitteilen, wohl wieder den Verkäufer zu stark. Man vergesse doch nicht, daß schließlich zahlreiche Geschäfte sich glatt und ohne alle Schwierigkeiten abwickeln und daß in allen diesen Fällen der Standpunkt des RG. den Verkäufer dazu zwingt, dem Käufer seine Bezugsquelle kundzugeben und damit die Gefahr herauf zu beschwören, daß der Käufer sich fortan direkt an die Bezugsquelle des Verkäufers wendet. Diese Gefahr muß der Verkäufer bis zu einer gewissen Grenze übernehmen, wenn er hinter Vertragsklauseln der obigen Art Schutz sucht. Aber man sollte diese Gefahr doch wenigstens auf die Fälle beschränken, in denen der Käufer durch seine Anfrage bei dem Verkäufer sein Interesse an dem Eindeckungsgeschäft und seinen Bedingungen zeigt. Dies war offenbar der Standpunkt des Berufungsgerichts gewesen. Die reichsgerichtliche Anschauung wird den Handel dahin führen müssen, daß er die Klausel preisgibt und durch Einfügung aller Schutzklauseln der Eindeckungsgeschäfte sich gegen die Gefahren der Zwischenstellung sichert. Dies führt dann zu komplizierten Vertragsschlüssen, schützt aber den Handel vor regelmäßiger Bekanntgabe seiner Bezugsquellen an seine Abnehmer.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

denken trägt, das Gutachten der Berliner Handelskammer seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Mit Recht bekämpft dagegen die Revision die Auffassung des BR., daß die Bekl. auf Grund der Klausel aus den vielen von ihr abgeschlossenen Verträgen jederzeit willkürlich irgendeinen herausgreifen und dessen Bedingungen dem Geschäfte mit der Kl. hätte zugrundelegen dürfen. Für diese Auffassung gibt auch das Gutachten der Berliner Handelskammer keine genügende Grundlage. Sollte aber dieses Gutachten so zu verstehen sein, so würde ein solcher Handelsbrauch mit Treu und Glauben im Handelsverkehr unvereinbar und deshalb zu mißbilligen sein, weil der Käufer dann gänzlich der Willkür seines Verkäufers preisgegeben wäre. Wenn auch nicht schon jedesmal beim Abschluß des Kaufes die Benennung des Lieferanten erfolgen muß, weil vielleicht das Deckungsgeschäft zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht getätigt ist, so muß doch der Verkäufer, sobald er dazu in der Lage ist, sich entschließen, aus welchem Abschluß er seinen Käufer beliefern will, und alsbald von diesem Entschluß durch Benennung des bestimmten Lieferanten und Mitteilung der mit diesen getroffenen Vertragsbedingungen dem Käufer Kenntnis geben. Es ist auch nicht die Ansicht des BR. zu billigen, daß der Käufer die Pflicht der Nachfrage beim Verkäufer hätte, sondern es ist die Pflicht des Verkäufers, ungefragt seinerseits dem bestehenden Schwebezustand möglichst bald ein Ende zu machen und die Ungewißheit über die weiteren Verkaufsbedingungen zu beseitigen. Dieser Verpflichtung ist die Bekl. nun aber vor Klagerhebung trotz Mahnung und Nachfristsetzung der Kl. nicht nachgekommen, obgleich sie längst die erforderlichen Deckungsgeschäfte abgeschlossen hatte und in der Lage war, eine Bestimmung zu treffen. Erst während des Prozesses hat sie in der Firma K. einen bestimmten Lieferanten bezeichnet. Beim Eintritt der Rechtshängigkeit waren die Bedingungen des zwischen der Bekl. und der Firma K. geschlossenen Lieferungsvertrages noch nicht Teil des zwischen den Parteien getätigten Kaufvertrags geworden, also auch nicht die Schiedsvertragsklausel. Die Kl. war demnach berechtigt, die ordentlichen Gerichte anzurufen. Die Bekl. kann daher mit der Einrede des Schiedsgerichtsvertrags nicht gehört werden. Darüber kann auch die Feststellung des BR. nicht hinweghelfen, daß die Bekl. vor der Klage zwei Firmen, die Firma K. und die Firma E. der Kl. als ihre Lieferanten bezeichnet hat, und daß in den Verträgen mit beiden Firmen die Schiedsgerichtsklausel enthalten sei, und ebensowenig der Umstand, daß die Bekl. die Kl. schon vor der Klage auf den Weg des Schiedsgerichts verwiesen hat; denn erst wenn ein bestimmter Lieferant und ein bestimmter Abschluß benannt war, dessen Bedingungen maßgebend sein sollten, wurden diese Bedingungen auch solche des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages. Es kommt aber hinzu, daß für die Verträge der Bekl. mit den beiden Firmen nicht einmal dasselbe Schiedsgericht in Betracht kam. Deshalb verwies die Bekl. die Kl. auch bald an ein Rostocker, bald an ein Berliner Schiedsgericht.

(K. w. O., U. v. 28. Juni 1921; 520/20 VII. — Oldenburg.) [Sch.]

3. Zur Klausel: „freibleibend".] †)

Die Bekl. hat der Kl. im Sept. 1919 „zirka 100 Tonnen" gebrauchte stählerne Eisenbahnschienen verkauft unter Beifügung der Klausel „freibleibend". Die Kl. hat auf diesen Abschluß 72,7 Tonnen geliefert erhalten. Sie hat im Klagewege zunächst die Lieferung eines Restes von 27,3 Tonnen und bei fortgesetzter Lieferungsweigerung der Bekl. unter Anwendung der Vorschriften von § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Diesem Anspruch ist von dem OLG. im wesentlichen stattgegeben. Die Revision der Bekl. blieb erfolglos. Aus den Gründen: Die Einfügung der Klausel „freibleibend" als Bestandteil von Vertragsschlüssen (nicht etwa bei Vertragsangeboten) stellt, wenngleich sie in der Nachkriegszeit im deutschen Geschäftsverkehr häufig angewandt ist, eine Abweichung von den regelmäßigen, in einem normalen Wirtschaftsleben üblichen Parteivereinbarungen dar. Eine derartige Klausel ist daher als Ausnahmebestimmung streng auszulegen. Des weiteren ist zu beachten, daß der Verkehr dann, wenn der Verkäufer sich eine Änderung des eigentlichen Vertragsinhaltes vorbehalten will, eine nähere Umschreibung des betreffenden Freivermerkes kennt, wie dies z. B. in den Klauseln „freibleibend in den Mengen" oder „freibleibend im Preise" oder „hinsichtlich der Lieferzeit" usw. zum Ausdruck kommt. Danach ist in einem Falle der hier fraglichen Art die zugunsten des Verkäufers eingefügte, nur das Wort „freibleibend" enthaltende Klausel mangels besonderer dagegen sprechender Umstände dahin zu verstehen, daß dem Verkäufer das Recht vorbehalten ist, den ganzen Vertrag aufzuheben, also von der Lieferung überhaupt Abstand zu nehmen, nicht aber den Inhalt des Vertrages zu einem Teil etwa nach Preis, Menge usw. zu ändern. Denn eine derartige Änderung des Vertragsinhaltes selbst würde über das bloße „freibleiben" des Verkäufers vom Vertrage,

---

Zu 3. Die Behandlung der Klausel „freibleibend" in der Rechtsprechung hat zu einer Klarstellung der dabei in Betracht kommenden Zweifelsfragen geführt. Die Verwendung des Gesichtspunktes von Treu und Glauben im Verkehr hat dazu gedient, die erforderliche Rücksichtnahme auf die Interessen des Mitkontrahenten des Freibleibenden zu sichern. Auch das Urteil des ersten Zivilsenats des Reichsgerichts, welches oben im Auszug wiedergegeben ist, betont mit Recht, daß die Klausel als Ausnahmebestimmung streng auszulegen ist. Daß die zusatzlose Klausel auf den Bestand des ganzen Vertrages zu beziehen ist, ist auch von Starke, JW. 1920, 474; Karnatz (Drucks. 34 des Vereins deutscher Maschinenfabriken) und mir (Recht und Wirtschaft 1921, Nr. 5, 100) vertreten. Das Bedenken, welches in der Verlautbarung der Handelskammer zu Berlin (Mitt. 1920, 329 ff.) zum Ausdruck gebracht ist, daß bei Nichtbeschränkung auf einen bestimmten Vertragsbestandteil von dem Zustandekommen eines Vertrages überhaupt nicht gesprochen werden könne, widerlegt sich durch den Hinweis auf § 346 BGB.: der Vertrag ist geschlossen, der eine (freibleibende) Kontrahent behält sich aber einseitig den Rücktritt vor. So korrekt, wie bei jenem Bedenken angenommen wird, drücken sich die Kontrahenten nicht aus. Ihre Absicht geht aber dahin, das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages in das Belieben des Freibleibenden zu stellen. Daß in dieser Disposition über den gesamten Vertragsinhalt nicht als minus die Befugnis zu teilweiser Abänderung durch Außerkraftsetzung oder einseitige Änderung einzelner Punkte enthalten ist, trifft ebenfalls zu. Der Vertrag erscheint, wenn nicht das Gegenteil ausbedungen ist, als Einheit. Eben deshalb ist auch der Eingriff durch „Gestaltungsurteil" in den einheitlichen Vertragsbestand so besonders bedenklich. Die Deduktion des dritten Zivilsenats im Urteil v. 21. Sept. 1920 (JW. 1920, 961 ff.), daß ja beide Teile den Vertrag fortsetzen wollen, ist unzutreffend. Ob ich für dieselbe Leistung 1000 ℳ oder 10 000 ℳ zahle, ist ein so erheblicher Unterschied, daß man von dem gleichen Vertrage eben nicht sprechen kann. Fortsetzen will den Vertrag nur der Teil, der am vereinbarten Mietpreis festhalten will, nicht der, welcher das Vielfache des vereinbarten Mietpreises für die vertragsmäßige Leistung von seiner Seite verlangt. Denn der Mietpreis oder im hier vorliegenden Fall das verkaufte Warenquantum, ist ein wesentlicher Vertragsbestandteil. Was mit Recht dem freigebliebenen Kontrahenten gegenüber geltend gemacht wird, gilt auch dem Richter gegenüber. Darüber helfen keine „sozialethischen Grundauffassungen, wie sie jedenfalls unsere Zeit und ihre Gesetzgebung (§ 138!) beherrschen", hinaus, die Oertmann in seiner neuesten Schrift: „Die Geschäftsgrundlage" (S. 153) gegen mich ins Feld führt. Denn Sozialethik ist eben vom Gesetzgeber zu berücksichtigen, aber nicht vom Richter in Korrektur seiner Anordnungen durch Eingriffe in die von ihm nicht durch zwingende Vorschriften eingeengte Vertragsfreiheit. Wenn er für elektrische Kraft, Gas und Leitungswasser Eingriffe erlaubt, ist der Richter nicht befugt, sie auf ein vom Gesetzgeber nicht behandeltes Gebiet auszudehnen. Windscheid sagt in einer Ansprache: „Wenn trotz alledem das juristische Denken von seinem Resultat nicht ablassen will, dann soll der Richter entscheiden, wie er gedacht hat, nicht wie er fühlt. Abhilfe ist dann nur von der Gesetzgebung zu erwarten — an das gesetzte Recht sind wir alle gebunden." Anders läge die Sache nur, wenn man in jenen Anordnungen der VO. v. 1. Febr. 1919 über die Preisbemessung für elektrische Kraft, Gas und Leitungswasser ein auf weitere Fälle ausdehnbares Prinzip sehen wollte. (So zutreffend Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt S. 10.) Aber das kann man schon deshalb nicht, weil nachträglich die Ausdehnung der VO. auf das der Entsch. v. 21. Sept. 1920 zugrunde liegende Mietobjekt erfolgt ist. Prinzipien kennt unsere derzeitige Gesetzgebung überhaupt nicht. Gewiß hat diese auf den augenblicklichen Notbedarf zugeschnittene Verordnungsgesetzgebung schwere Nachteile, das habe ich in meinem Aufsatz „Gesetzgebungsersatz" in der DJZ. Nr. 7/8 S. 226 ff. ausgeführt. Aber dem hilft man nicht dadurch ab, daß man nach der Gesetzgebung auch noch die Rechtsprechung ramponiert, sondern dadurch, daß man zu besonnener prinzipieller Gesetzgebung zurückkehrt.

Das beiläufig! Das hier behandelte Urteil vermeidet die vorstehenden Ausstellungen. Es ist durchaus billigenswert.

Geh. JR. Heinrich Dove, Berlin.

dem alsdann ein entsprechendes „freibleiben" des Käufers von seinen Vertragspflichten gegenübersteht, hinausgehen, indem der Käufer solchenfalls gebunden wäre, nach Belieben des Verkäufers auch einen Teil der gekauften Waren als Erfüllung anzunehmen oder einen höheren als den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen usw. Eine so weitgehende, von der regelmäßigen Bedeutung der Klausel „freibleibend" abweichende Freizeichnung des Verkäufers hätte in klarer und eindeutiger Weise zum Ausdruck gebracht werden müssen (siehe auch RG. 102, 227). War danach der Bekl. durch die Klausel „freibleibend" nur das Recht eingeräumt, den Vertrag als Ganzes abzulehnen, und war sie insbesondere zu einer für die Kl. verbindlichen Teillieferung nicht befugt, so gab die Bekl. die ihr durch den genannten Freivermerk eingeräumte Vorzugsstellung auf und wurde an den Vertrag gebunden, wenn sie ohne ausdrücklichen Vorbehalt die Erfüllung dieses Vertrages in Angriff nahm, indem sie einen Teil der Ware lieferte und dafür Zahlung von der Kl. verlangte. Dies um so mehr, als die Bekl. in ihren Schreiben an die Kl. vom 18. Sept. und 20. Sept. 1919 klar zum Ausdruck gebracht hat, daß sie zur Lieferung des gesamten Warenquantums bereit und imstande sei und dieserhalb bereits an die Firma O. & K., bei der die Ware für die Bekl. lagerte, den Auftrag zur prompten Verladung an die Kl. erteilt habe. Bei dieser Sachlage konnte die Bekl. nicht nach Ablauf von mehr als zwei Monaten auf die durch die Ereignisse überholte Freizeichnungsklausel zurückgreifen, indem sie gegenüber der mit Schreiben der Kl. v. 27. Nov. 1919 erfolgten Mahnung wegen des rückständigen Teiles der gekauften Ware laut Schreiben v. 1. Dez. 1919 die Restlieferung ablehnte. Demgegenüber versagt die Berufung der Revision darauf, daß die Bekl. bei Abschluß des Kaufvertrages mit der Kl. nicht übersehen habe, wie sich die Auslieferung der für die Bekl. bei einem Dritten, der Firma O. & K., lagernden Warenmengen seitens der genannten Verwahrerin an die verschiedenen Abnehmer der Bekl. gestalten würde. Denn die entscheidende Stellungnahme der Bekl. erfolgte nach Obigem nicht beim Vertragsabschluß, sondern durch die Schreiben v. 18. und 20. Sept. 1919 und enthielt die Verpflichtung der Bekl. zu einer prompten Lieferung des ganzen der Kl. verkauften Quantums. Die Bekl. hat nach den Feststellungen des BG. nicht etwa geltend gemacht, daß sie zu einer solchen prompten Vertragsleistung nicht imstande gewesen wäre. Wenn sie trotzdem die Lieferung des Restquantums verzögerte und durch im Laufe der folgenden Monate getroffene anderweite Dispositionen gefährdete, so ging dies im Verhältnis der Parteien zu Lasten der Bekl., zumal diese, wie das BG. zutreffend dargelegt hat, auf Grund der Versandnachrichten der Firma O. & K. den jeweiligen Bestand des Lagers kontrollieren konnten.

(B.-Großhandelsgesellschaft m. b. H. w. L., U. v. 19. Okt. 1921; 63/21 I. — Breslau.) [B.]

**4. Zum Einwand des Kettenhandels. Kettenhandel verneint, obwohl der Kaufhandel zwischen Großkaufleuten an demselben Platze abgeschlossen ist.] †)

Aus den Gründen: In Frage steht nur der Einwand des Kettenhandels, den der Vorderrichter mit Feststellungen und Erwägungen zurückgewiesen hat, welche die Entscheidung tragen. Insbesondere wird gesagt, daß die kl. Firma ein großes Geschäft in Drogen betreibe und im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von etwa 100 Millionen Mark gehabt habe. Zu ihrer Aufgabe gehöre es, die in kleinen Posten angebotene Ware aufzukaufen und ihrer in ganz Deutschland verteilten Kundschaft zuzuführen (ein Satz, der freilich, wie die Revision hervorhebt, auf das vorliegende Geschäft nicht paßt, der offenbar aber auch nur im allgemeinen den Geschäftsbetrieb der Kl. kennzeichnen soll); der binnenländische Großhandel kaufte fast ausschließlich bei ihr; in Verfolg dieser langen und bewährten Praxis sei auch das gegenwärtige Geschäft über 10 000 kg weißes Tafelparaffin geschlossen worden, sei gekauft worden prompt ab Frankfurt a. M. zur Weitergabe an inländische Abnehmer; offenbar habe Kl. als Ersatzgrossistin die Ware aus dem Westen hereinbringen und sich mit ihr versehen wollen, um dem Bedarf ihrer inländischen Kunden entsprechen zu können und so die Ware in der handelsüblichen Weise dem Verbraucher näher zu bringen; daß sie von einem ebenfalls in Hamburg ansässigen Großhändler gekauft habe, mache das Geschäft noch nicht zu einem Kettenhandel auf der Einkaufsseite, da auch der Handel zwischen Großhändlern einem volkswirtschaftlich durchaus berechtigten Bedürfnis entspreche, wenn der Käufer vermöge seiner Geschäftsbeziehungen zu den Großhändlern im Lande über zahlreichere und besser verwertbare Geschäftsmöglichkeiten verfüge, als ein die Ware an der Börse anstellender Verkäufer. Der erkennende Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß darin, daß der Kaufhandel zwischen Großkaufleuten derselben Plätze abgeschlossen wird, ein starkes Anzeichen für das Zwischenschieben eines unnützen Gliedes in der Kette des Absatzes liege. Aber mehr als eine Vermutung ist das nicht. Immer kommt es auf die besondere Lage des Falles an, und es ist der zutreffende Standpunkt des Vorderrichters, daß er — im übrigen in tatsächlicher Würdigung der Verhältnisse — aus der ganzen Stellung des Geschäfts der Kl., seiner Art und seinem Umfang den Schluß zieht, daß diese sehr wohl in der Lage gewesen und darauf ausgegangen sein kann, mit dem Ankauf, obwohl er am Platze erfolgte, die Ware in wirtschaftlich nicht zu beanstandender Weise dem Konsum näher zu bringen. Damit versagt die der Bekl. obliegende Beweisführung, und es erweist sich der Einwand, daß dieser Ankauf nichtig gewesen ist, als hinfällig. Die gleiche Bewandtnis hat es mit dem Weiterverkauf der Ware an die Hamburger Firma. Der Bekl. hat sich darauf berufen, daß auch dieser Verkauf ein Akt von Kettenhandel und er deshalb berechtigt gewesen sei, ihm die Mitwirkung zu versagen, die in der Lieferung der Ware bestanden hätte. Hierauf ist der Vorderrichter überhaupt nicht eingegangen. Das wird von der Revision mit Recht gerügt, kann ihr zu einem Erfolg aber nicht verhelfen. Es ergibt sich ohne weiteres, daß die Feststellungen und Erwägungen des Vorderrichters zu der von ihm erwogenen Frage auf diesen Weiterverkauf entsprechend zutreffen. Auch hier liegt ein Handel zwischen Großkaufleuten desselben Platzes vor. Aber auch hier verbietet die vom Vorderrichter festgestellte bedeutende und überragende Stellung des Geschäfts der Kl. den Schluß auf unlautere Machenschaft und Kettenhandel. War die Kl. durch ihre ausgebreiteten Geschäftsbeziehungen einerseits, durch ihr eigenes Interesse andererseits wie berufen so auch veranlaßt, den Absatz und die Verteilung der in ihr Fach einschlagenden Waren über das gesamte Reichsgebiet rationell und zwar in der Weise zu betreiben, daß sie nur bei Großhändlern Absatz suchte, und fand sie nun hierbei für den hier in Rede stehenden, an sich bedeutenden, im Verhältnis zum Gesamtumsatz der Kl. aber nicht gewichtigen Posten an der Firma K. einen Abnehmer, so hatte sie keinen Anlaß, von dieser Gelegenheit deshalb abzusehen, weil der Käufer seine Niederlassung am gleichen Platz hatte, zumal es sich um einen so bedeutenden Handelsplatz handelt und sicherlich gerade auch in Hamburg viel Kaufleute ihr Geschäft darin suchen, daß sie im großen einkaufen, um an Kleinhändler, Krämer oder unmittelbar an Konsumenten zu verkaufen. Darin liegt noch kein unnützes und unwirtschaftliches Einschieben in den Warenumlauf, zumal die Ware in Frankfurt a. M. lag und der Firma K. als von der Kl. und von dort zu liefernde angeboten und verkauft worden ist.

(F. w. Sch. u. Co., U. v. 14. Okt. 1921; 109/21 II. — Hamburg.) [B.]

Zu 4. Der Handel zwischen Großhändlern an demselben Platze gilt in der Praxis der Strafgerichte als typischer Kettenhandel. Daß aber auch hierbei stets die konkreten Umstände des Einzelfalles zu würdigen sind (s. mein Preistreibereistrafrecht, 6. Aufl., S. 141), zeigt dieses beachtenswerte Urteil des 2. ZS. Hier ist Stellung, Art und Umfang der Kl., einer Hamburger Großhandelsfirma, das Moment, das diesen An- und Verkäufen den allgemeinwirtschaftlichen Wert verleiht. Durch das Kettenhandelsverbot sollen die altbewährten Organisationen und Kanäle des Handels, die die Waren den Bedarfsorten zuführen, nicht zerstört werden. Hat eine Firma durch weitverzweigte Geschäftsverbindungen eine überragende Stellung, so ist sie auch in der Beschaffung der Waren freier gestellt, um ihre Funktion erfüllen zu können. Zu verweisen ist auf das Urteil des 1. StS. v. 2. Dez. 1918 (LZ. 1919, 238), das den Satz enthält: „Die Verteilung der Waren innerhalb eines so großen Gebiets, wie es das Deutsche Reich ist, ist ein viel zu verwickelter Vorgang, als daß dabei immer oder auch nur der Regel nach die Waren nur durch die Hand eines Großhändlers gehen müßten oder könnten."

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

5. Zum Einfluß der veränderten Verhältnisse auf bestehende Verträge.] †)

Die Kl. bestellte am 6. Sept. 1918 bei dem Bekl. zu 1, der später sein Geschäft in die zu 2 beklagte Gesellschaft eingebracht hat, 3 Zyklopspanner zu 125 ℳ das Stück, 300 kg Zyklop-Verpackungsbandeisen zum Preise von 98 ℳ für 100 kg und 20 000 Zyklopnieten zum Preise von 12 ℳ für 1000 Stück, knüpfte aber an diese Bestellung die Bedingung, daß der Bekl. ihr für die Dauer des Krieges ihren Bedarf an Bandeisen und Nieten zu den gleichen Preisen zu decken habe. Der Bekl. zu 1 erwiderte am 7. und 16. Sept., daß er sich mit Rücksicht auf die bei längerer Kriegsdauer schwierigen Marktverhältnisse bezüglich Lieferung und Preise nicht binden könne. Die Kl. erklärte demgegenüber am 17. Sept., daß sie für die Apparate (Zyklopspanner) nur Interesse habe, wenn sich der Bekl. zur Lieferung des erforderlichen Materials (Bandeisen, Nieten) für eine bestimmte Zeitdauer verpflichte. Darauf erklärte sich der Bekl. am 21. Sept. bereit, der Kl. 2000 kg Bandeisen zum Preise von 98 ℳ für 100 kg ein Jahr lang an Hand zu lassen. Am 23. Sept. erwiderte die Kl., daß sie zur Abnahme eines festen Quantums nicht gehalten sei, dagegen ihre Bestellung aufrechterhalten wolle, wenn sich der Bekl. verpflichte, ihren Bedarf für zwei Jahre zum Preise von 98 ℳ zu decken, wobei ihr die Abnahme nach jeweiligem Bedarf freistehen müsse. Am 24. Sept. erwiderte der Bekl., sich zur Lieferung von mindestens 2000 kg zum Preise von 98 ℳ verpflichten zu wollen. Nunmehr schrieb die Kl., daß sie die Bestellung der Apparate aufrechterhalte, falls der Bekl. sich verpflichte, mindestens 2000 kg Bandeisen zum Preise von 98 ℳ sowie die dazu erforderlichen Nieten zum Preise von 10 ℳ — sollte richtiger heißen: 12 ℳ — für 1000 Stück zu liefern, ohne daß dabei die Kl. an eine Abnahmefrist gebunden sein sollte. Mit diesem Anerbieten erklärte sich der Bekl. am 2. Okt. vorbehaltlos einverstanden. Als dann die Kl. am 4. Nov. 1919 200 kg Bandeisen abrief, lehnten die Bekl. unter Hinweis auf die inzwischen völlig veränderten Marktverhältnisse die Lieferung zu den vereinbarten Preisen ab, erklärten sich aber vergleichsweise zur Lieferung des Bandeisens zum Preise von 200 ℳ für 100 kg bereit. Hierauf ging die Kl. nicht ein, erhob vielmehr Anfang Januar 1920 Klage auf Lieferung von 2000 kg Zyklopbandeisen zum Preise von 98 ℳ für 100 kg und 80 000 Zyklopnieten zum Preise von 12 ℳ für 1000 Stück. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das RG. hat die Klage abgewiesen. Gründe: Es handelt sich nur um die Frage, ob sich die Bekl. mit Recht auf die durch die im November 1918 erfolgte Revolution hervorgerufene Umwälzung der wirtschaftlichen Verhältnisse und insbesondere auf die erhebliche Steigerung der eigenen Gestehungskosten berufen können. Das BG. hat ihre Verteidigung aus den folgenden Gründen für unzulässig erklärt. Die Kl. habe die Zyklopspanner nur unter der Bedingung kaufen wollen, daß die Deckung ihres Bedarfs an dem erforderlichen Bandeisen- und Nietenmaterial zum gleichen Preise gedeckt werde. Die Bekl. hätten sich in der Einsicht, daß die Marktverhältnisse unsicher seien und mit Preissteigerungen gerechnet werden müsse, zunächst nicht binden wollen, schließlich aber, da die Kl. von ihrem Standpunkt nicht abgegangen sei, nachgegeben, weil ihnen die Sicherung des Auftrags und der Geschäftsverbindung mit der Bekl. wichtiger als der möglicherweise eintretende Verlust gewesen sei. Es komme hinzu, daß nach der Angabe der Bekl. die eigenen Gestehungskosten im November 1919 nur etwa 250 ℳ für 100 kg, also noch nicht einmal das Dreifache des Kaufpreises ausgemacht hätten. Auf die später eingetretene Preissteigerung komme es nicht an, da sich die Bekl. seit Nov. 1919 im Verzuge befunden hätten. Übrigens wäre es den Bekl. möglich gewesen, sich gleich zu Anfang für die der Kl. zu liefernde Menge einzudecken. Die Revision mußte Erfolg haben. Richtig ist, daß die Bekl. bewußt ihre Bedenken hinsichtlich der Unsicherheit der Marktverhältnisse beiseite gestellt haben, um sich den Auftrag der Kl. oder ihre weitere Kundschaft zu sichern. Aber bei Erwägung der Sachlage und Einberechnung etwaigen Verlustes infolge weiterer Preissteigerungen haben sie unmöglich mit einer derartigen Umwälzung des Marktes rechnen können, wie sie der im November 1918 eingetretene Umsturz zur Folge gehabt hat. Die wirtschaftlichen Folgen jener Ereignisse lagen außer dem Bereiche jeder vernünftigen Berechnung und waren so einschneidend, daß sie den Inhalt früher zugesagter Leistungen regelmäßig völlig veränderten. Die Annahme des BG., daß die Bekl. auch die Gefahr der durch den Umsturz im November 1918 verursachten völligen Umgestaltung aller wirtschaftlichen Verhältnisse hätten übernehmen wollen, entbehrt daher der Grundlage. Es kann aber dem BG. auch insofern nicht gefolgt werden, als es die Steigerung der Gestehungskosten auf 250 ℳ gegenüber einem vertraglichen Verkaufspreise von 98 ℳ für nicht „derartig ungeheuerlich" erachtet, daß durch sie der Leistungsinhalt völlig verändert erscheint. Ein Kaufmann wird unter Umständen, wenn es sein wirkliches oder vermeintliches Interesse erfordert, Geschäfte eingehen, welche ihm keinen Gewinn oder gar einen Verlust in Aussicht stellen. Er wird aber keine Lieferung übernehmen, zu deren Beschaffung er fast den dreifachen Betrag des Kaufpreises aufzuwenden hat. Derartige Geschäfte einzugehen, wäre sinnlos und „ruinös". Wirtschaftliche Umwälzungen aber, infolge deren die Erfüllung eines Vertrages zu einem unverhältnismäßig hohen und jeder Berechnung spottenden Verluste für den Leistungspflichtigen führen würde, verändern den Leistungsinhalt vollständig und wirken daher nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung befreiend. Aus diesen Erwägungen können auch die Bekl. nicht mehr als leistungspflichtig erachtet werden und muß — unter Aufhebung der bisher ergangenen Urteile — die Klage abgewiesen werden.

(H. u. Gen. w. H., U. v. 16. Sept. 1921; 69/21 II. — Cöln.) [B.]

6. Unvermögen des Käufers zur Herausgabe des Kaufgegenstandes bei der Wandlung.]

Aus den Gründen: Aus den §§ 346—348, 350—354, 356 BGB. ergibt sich allerdings nicht unmittelbar, daß außer der im § 351 erwähnten verschuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes auch das bloße verschuldete Unvermögen hierzu den Rücktritt und gemäß § 467 BGB. die Wandlung ausschließe. Das RG. hat aber stets den Standpunkt vertreten, daß, abgesehen von dem Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe, dem Wandlungsbegehren auch dann nicht zu entsprechen sei, wenn feststehe, daß der Käufer die von ihm weiterveräußerte Sache nicht wiederzuerlangen und eben deshalb nicht zurückzuerstatten vermöge, denn dann müßte auch der Rücktritt — nach § 354 Satz 2 BGB. — unwirksam werden (RG. 50,190). Für die Unzulässigkeit der Wandlung auch bei verschuldetem Unvermögen des Käufers zur Herausgabe spricht entscheidend die Erwägung, daß das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch geriete, wenn es die Wandlung da zulassen wollte, wo sie tatsächlich unausführbar ist. Aus der Unstatthaftigkeit der Wandlung folgt aber mit Notwendigkeit, daß die Frage, ob Kl. den Kaufgegenstand herauszugeben imstande ist oder nicht, innerhalb des Rechtsstreits entschieden werden muß und nicht mit dem BG. in das Stadium der Zwangsvollstreckung verwiesen werden darf. Denn sonst müßte, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Wandlung vorlägen, der auf Rückgängigmachung des Kaufs verklagte Verkäufer verurteilt werden und endgültig auch die Prozeßkosten tragen, obwohl es, wie möglicherweise von vornherein feststeht, zur Rückgewähr der Kaufsache vonseiten des Käufers gar nicht kommen kann. Ein solches Ergebnis wäre widersinnig. Nun hat Bekl. (vgl. den Schriftsatz v. 13. Jan. 1919 Bl. 6 d. A.) durch Eideszuschiebung Beweis dafür angetreten, daß Kl. zufolge Verkaufs von 2000 von den 7500 Zigarren zur Rückgewähr der ganzen gekauften Ware, wie er selbst dem Beklagten gegenüber bestätigt habe, außerstande sei. Dieser Beweisantritt ist nach dem Ausgeführten erheblich. Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

(U. w. S., U. v. 5. Juli 1921; 71/21 II. — Hamburg.) [B.]

7. Kommt bei einem durch Parteiverabredung aufgehobenen Kauf der Käufer schuldhaft seiner Rückgabepflicht nicht nach, so kommt es zur Begründung des Schadensersatzanspruches des Verkäufers nur darauf an, daß er bei der Anschaffung einer gleichen Ware einen höheren Preis be-

---

Zu 5. Es handelt sich um einen noch vor der Revolution geschlossenen Vertrag, und die angewendeten Rechtsgrundsätze halten sich im Rahmen der feststehenden Praxis. Die Tatbestandswürdigung zeigt uns wieder einmal, daß der Ausgang eines Prozesses über die Anwendung der Klausel recht häufig nicht zu erraten ist.

OLGRat Prof. Dr. Rabel, München.

zahlt habe oder hätte bezahlen müssen, nicht auf den Nachweis eines anderweitigen Verkaufes.] †)

Aus den Gründen: Das BG. nimmt ohne Rechtsirrtum an, daß die Parteien den zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag dadurch aufgehoben hätten, daß der Bekl. in die vom Kl. verlangte Rückgängigmachung des Kaufs gewilligt habe. Es erachtet hiernach den Bekl., der widerrechtlich über das Glas verfügt habe, für verpflichtet, dem Kl. den entstandenen Schaden zu ersetzen. Es geht davon aus, daß der Kl. für eine Ersatzlieferung gleichen Glases einen höheren Preis habe zahlen müssen, und daß er bei dem Weiterverkaufe dieses Glases mindestens ebensoviel wieder erlöst haben würde, als er dafür gezahlt hat. Es meint aber, daß der Kl. diesen Preisunterschied nur dann als Schadensersatz fordern könnte, wenn er tatsächlich, wie er behauptet, nach Wiederaufhebung des Kaufvertrages mit dem Bekl. das von diesem zurückzugebende Glas anderweit verkauft und zur Befriedigung dieses neuen Käufers, da er das Glas vom Bekl. nicht zurückerhielt, die Ersatzlieferung verwendet hätte. Da der Kl. sich nun zwar bereit erklärt habe, zu beeiden, daß er das Glas, das Bekl. hätte zurückgeben sollen, gleich an einen anderen verkauft habe, er sich aber weigere, den Käufer zu nennen und sich sonst näher über diesen Verkauf auszusprechen, sei der zur Begründung seiner Schadensersatzforderung, wie er sie in konkreter Form erhoben, erforderliche Beweis nicht erbracht. Deshalb und weil der Kl. es unterlassen habe, den Schaden zu berechnen, weist das BG. seinen Schadensersatzanspruch ab. Mit Recht führt die Revision aus, daß der Nachweis des anderweiten Verkaufs zur Begründung des erhobenen Anspruchs auf Ersatz des dem Kläger erwachsenen konkreten Schadens gar nicht erforderlich ist. Nach dem den §§ 249 ff. BGB. zugrunde liegenden war der Beklagte, nachdem er sich außerstand gesetzt hatte, das erhaltene Glas dem Kl. zurückzugeben, verpflichtet, ihn in die gleiche wirtschaftliche Lage zu versetzen, in der dieser sich befunden hätte, wenn er das Glas zurückerhalten hätte. Dies konnte, da eine Lieferung gleichartiger Ware seitens des Bekl. nicht in Frage kam, nur durch Zahlung des Betrags geschehen, für den der Kl. sich selbst solche Ware beschaffen konnte (RG. 101, 420). Nach dem Gesamtinhalt des BU. muß nun angenommen werden, daß der Kl. nicht in der Lage war, sich die Ware billiger zu beschaffen, als er es seiner Angabe nach getan hat, nämlich durch Eindeckung mit anderer, ihm mit einem Preisaufschlag gelieferten Ware. Dies genügt vollkommen, um den Anspruch des Kl. auf Vergütung dieses Preisunterschiedes neben dem vom Bekl. ihm gezahlten Preise zu begründen. Was der Kl. mit der neubeschafften Ware machte, ob er sie insbesondere brauchte, um sie anstatt der Ware, die ihm vom Bekl. hätte zurückgeliefert werden sollen, einem neuen Käufer zu liefern, ging den Bekl. gar nichts an. Dessen Schadensersatzpflicht wird hierdurch in keiner Weise berührt. Es ist daher auch unerheblich, ob der Kl. überhaupt die Ware, die er vom Bekl. zurückerhalten sollte, einem anderen verkauft hat. Die konkrete Schadensersatzforderung des Kl. erforderte nur den Nachweis der anderweiten Beschaffung und des dabei aufgewendeten Preises, — und dieser Nachweis ist als erbracht anzusehen — nicht den Nachweis eines anderweiten Verkaufs. Es gelten im vorliegenden Falle keine anderen Rechtsgrundsätze als für den Deckungskauf des Käufers, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags zu fordern hat; vgl. hiezu RG. 54, 154; 90, 161; 93, 134; 102, 349. Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs überhaupt — wenn auch nicht auf konkreter Berechnung — würde schon die Tatsache genügen, daß der Kl. den angegebenen Betrag jedenfalls hätte anwenden müssen, wenn er sich gleichartige Ware wieder anschaffen wollte; es wäre also nicht einmal der Nachweis der anderweiten Anschaffung erforderlich.

(T. w. P., U. v. 18. Okt. 1921; 91/21 III. — Jena.) [Sch.]

Zu 7. Ich möchte der Entsch. durchaus beitreten. Das Berufungsgericht hatte, wie mir scheint, unterstellt, der Kl. habe den entgangenen Gewinn i. S. von BGB. § 254 gefordert. Dazu würde er allerdings haben behaupten und beweisen müssen, daß er an einen bestimmten Dritten zu einem bestimmten höheren Preise die ihm vom Bekl. zurückzugewährende, aber nicht zurückgewährte Ware weiter veräußert gehabt habe. Aber davon ist hier keine Rede: der Kl. hat einfach den positiven Schaden (damnum emergens) liquidiert, der ihm durch schuldhafte Unterlassung bzw. Unmöglichmachung der Warenübergabe erwachsen war. Dieser Schaden bestand in dem damaligen Werte der Ware. Und nur zum Beweise desselben berief der Kl. sich auf den von ihm für Beschaffung von Ersatzware aufgewendeten Preis. Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung i. S. der §§ 325/6 BGB. stand überhaupt nicht in Frage, sondern nach Aufhebung des Kaufvertrages nur ein einfacher Bereicherungsanspruch i. S. der condictio ob causam finitam; die Folgen von dessen schuldhaft unmöglich gemachter Erfüllung sind lediglich nach allgemeinen Regeln (§§ 275 ff., 249 ff.) zu beurteilen, wodurch auch § 818² überholt wird, der übrigens hier wohl zum gleichen Ergebnis führen würde.

Geh. JR. Prof. Dr. P. Oertmann, Göttingen.

8. 1. Zur rechtlichen Natur eines vertragsmäßigen Kalibohr- und -gewinnungsrechtes. — 2. Art. 184 Satz 2 EG. zum BGB. bezieht sich nicht auch auf beschränkt persönliche Dienstbarkeit.] †)

Aus den Gründen: Die ein Bergwerk betreibende Bekl. hat von ihrem Schacht aus eine Grubenanschlußbahn nach dem Staatsbahnhof Sehnde angelegt, die über von ihr gepachtete Grundstücke führt. Die Kl. betreibt in der Gemarkung Sehnde Bergbau auf Kali auf Grund ihr vertragsmäßig eingeräumter und in das Grundbuch eingetragener Bohr- und Kaligewinnungsrechte. Die Grubenanschlußbahn der Bekl. führt über mit diesem Rechte der Kl. behaftete Grundstücke. Die Kl. erachtet sich dadurch für den Fall des Abbaues in ihrem Rechte beeinträchtigt. Nach Beweisaufnahme hat das OLG. dem Feststellungsbegehren der Kl. wie folgt entsprochen: 1. Der Kl. steht das Recht zu, von der Bekl. die Beseitigung ihrer Grubenanschlußbahn, soweit sie sich auf Parzellen, die mit einem Kaligewinnungsrecht zugunsten der Kl. belastet sind und soweit diese Parzellen nicht in den Markscheiden-Sicherheitspfeiler fallen, befindet, zu verlangen, sobald die Kl. mit dem Abbau der Kalisätze unter diesen Parzellen beginnt, und das Oberbergamt das Stehenlassen eines Sicherheitspfeilers für die Grubenanschlußbahn der Bekl. vorschreibt. — 2. Wenn das Oberbergamt das Stehenlassen eines solchen Sicherheitspfeilers nicht verlangt, aber die Genehmigung zum Abbau der unter dem vorbezeichneten Teile der Grubenanschlußbahn der Bekl. lagernden Kalisalze davon abhängig macht, daß die Kl. anderweitige Vorkehrungen trifft, um diese Bahn außer Gefahr zu setzen, so ist die Bekl. verpflichtet, nach ihrer Wahl der Kl. den ihr durch solche Vorkehrungen entstehenden Schaden zu ersetzen oder den vorbezeichneten Teil der Grubenanschlußbahn zu beseitigen. Die Ansprüche der Kl. auf Beseitigung der von der Bekl. über die gepachteten Grundstücke gelegten Grubenanschlußbahn und auf Schadensersatz haben zur Voraussetzung, daß die Kl. infolge des mit den Grundeigentümern geschlossenen Bohrvertrags verlangen kann, daß diese und daher auch die ihr Recht von ihnen ableitende Bekl. auf der Oberfläche des Gebiets, unter der die Kl. auf Grund des Vertrags Kalibergbau zu treiben berechtigt ist, Anstalten wie die Grubenbahn dann nicht errichten darf, wenn sie dadurch unmittelbar oder mittelbar in Ausbeutung des Kalis behindert oder erheblich eingeschränkt würde, oder daß sie doch, falls die Bergbehörde weniger einschneidende Maßnahmen von ihr verlangen sollte, von der schuldhaften Bekl. Ersatz des dadurch verursachten Schadens verlangen kann. Das BG. gelangt zur Bejahung dieser Frage durch fehlerhafte Gesetzes-

Zu 8. Das Urteil befriedigt nicht durchweg.

Die Kl. betreibt ein Kalibergwerk, und zwar auf Grund eines vor Inkrafttreten des BGB. bestellten Kaligewinnungsrechts, nicht eines Bergwerkseigentums, da in Hannover das Kali nicht zu den regalen Mineralien gehört. Auf den mit dem Gewinnungsrecht belasteten Grundstücken betreibt die Bekl. eine Grubenanschlußbahn, also eine Privatbahnanlage. Die Kl. fürchtet, und zwar nach der Praxis der Bergpolizeibehörden mit Recht, daß diese ihr den Abbau der unter der Bahnanlage befindlichen Kalisalze verbieten, vielmehr das Stehenlassen eines Sicherheitspfeilers verlangen würden. Für diesen Fall verlangt die Kl. in erster Linie Beseitigung der Bahnanlage, in zweiter Linie Schadensersatz.

1. Das OLG. hatte den Anspruch auf Beseitigung für begründet erachtet. Art. 184 EGBGB. schreibt für Grunddienstbarkeiten, die bei Inkrafttreten des BGB. bereits bestanden, die Anwendung der §§ 1020 bis 1028 BGB. vor, insbesondere also des § 1027, welcher dem Inhaber der Grunddienstbarkeit die Negatoria gemäß § 1004 gewährt. Im vorliegenden Falle handelt es sich allerdings nicht um eine Grunddienstbarkeit, sondern um eine irreguläre Personalservitut, jedoch hatte das OLG. den Art. 184 Abs. 2 auf persönliche Dienstbarkeiten entsprechend angewendet. Das RG.

anwendung. Es bezeichnet das vertragsmäßig begründete Kaligewinnungsrecht der Kl. zwar zutreffend als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des BGB., es übersieht auch nicht, daß der Bohrvertrag bereits 1896, vor Inkrafttreten des BGB., geschlossen worden ist. Es erachtet aber trotzdem, und zwar zu Unrecht, auf Grund des Art. 184 Satz 2 EG. zum BGB. die Vorschriften des BGB. für anwendbar. Gemäß Art. 184 Satz 1 unterliegt vielmehr die rechtliche Beurteilung des Vertrags und der aus ihm fließenden Befugnisse dem alten, d. h. hier dem gemeinen, Rechte. Der Satz 2 bestimmt zwar, daß von dem Inkrafttreten des BGB. an für eine Grunddienstbarkeit die Vorschriften der §§ 1020—1028 BGB. gelten, woraus das BG. gemäß § 1027 die Anwendbarkeit des § 1004 BGB. entnimmt, der gegen den Störer den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung gibt. Da aber das BGB. Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten in getrennten Titeln behandelt, so geht es nicht an, das, was das EG. für Grunddienstbarkeiten bestimmt, ohne weiteres auch auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten anzuwenden, wie dies auch zutreffend vom Komm. der RGR. 3. Aufl. § 1090 Anm. 1 verneint wird. Das durch den Bohrvertrag begründete Rechtsverhältnis wird nach ge-

---

entscheidet sich statt für die Analogie für das argumentum e contrario. Eine Begründung hierfür gibt das RG. nicht. Es verweist lediglich auf den Kommentar der Reichsgerichtsräte, wo das gleiche, aber ebenfalls ohne Begründung, ausgeführt ist. Prüft man den der Vorschrift des Art. 184 Abs. 2 zugrunde liegenden Rechtsgedanken, so findet man in den Protokollen zum BGB. 6, 631 die Erwägung, „daß die Grunddienstbarkeiten voraussichtlich zum größten Teil noch lange Zeit fortbestehen werden und daß es unzweckmäßig sein würde, sie für alle Zukunft nach anderen, als nach den im BGB. aufgestellten, der Natur der Verhältnisse entsprechenden Vorschriften zu beurteilen“. Diese Erwägungen passen aber völlig auf die hier in Betracht kommenden **irregulären** Personalservituten. Denn diese Personalservituten sind nicht auf die Lebensdauer des ersten Berechtigten beschränkt, sondern vererblich und übertragbar. Das streitige Kaligewinnungsrecht kann also, wenn das Kalivorkommen reichhaltig genug ist, Jahrzehnte und Jahrhundert währen. Es ist aber kein sachlicher Grund zu ersehen, weswegen während dieser ganzen Zeit der Abbauberechtigte nicht nach § 1020 BGB. zu schonender Ausübung der Dienstbarkeit und zur ordnungsmäßigen Erhaltung etwaiger Anlagen verpflichtet sein soll, warum nicht gemäß § 1025 bei einer Teilung des Grundstücks das Grundbuchblatt des Trennstücks von der Dienstbarkeit bereinigt werden soll, falls feststeht, daß unter diesem Teil kein Kali vorhanden ist usw. Ein Zurückgehen auf den Sinn des Art. 184 hätte also zu einer entsprechenden Anwendung führen müssen. (Zum Teil übereinstimmend, allerdings mit anderer Begründung, **Erdmann**, Rechtl. Grundlagen des Kali- und Steinsalzbergbaus, S. 69.)

2. Völlige Zustimmung verdienen die Sätze, daß das streitige Kaligewinnungsrecht sich als irreguläre Personalservitut darstellt und daß bei der Bestimmung der sich daraus ergebenden Rechte die Besonderheiten der einzelnen Servitut, insbesondere ihr bergrechtlicher Charakter, zu berücksichtigen ist. Es verdient weiter volle Zustimmung, daß das RG. bei der Auslegung des Abbauvertrags die Grundsätze heranziehen will, welche für das Verhältnis zwischen dem Bergwerkseigentümer und dem Grundstückseigentümer ausgebildet worden sind. Denn von unserem heutigen Standpunkt aus betrachtet, ist es eine reine Zufälligkeit, daß in Hannover das Kali nicht regal, in anderen Landesteilen dagegen der Verfügung des Grundeigentümers entzogen ist. Die Verschiedenheit beruht lediglich auf der geschichtlichen Entwicklung und darauf, daß der Übergang von dem jetzigen Zustand zur Regalität des Kalis ohne schweren Eingriff in zahllose private Rechte nicht durchführbar ist. Desto mehr muß aber die Rechtsprechung versuchen, die rein zufällig entstandenen Unterschiede zwischen dem Kalibergbau in Hannover und in anderen Landesteilen so weit auszugleichen, als dies ohne Schädigung privater Interessen der Beteiligten möglich ist. Daß das RG. diesen Grundsatz klar ausspricht, ist sehr zu begrüßen.

3. Das RG. scheint zugunsten der Bekl. annehmen zu wollen, daß aus dem Bergwerkseigentum nicht die Verpflichtung des Grundeigentümers folgt, sich jeder dem Bergbau nachteiligen Handlung zu enthalten. Das widerspricht dem Grundgedanken, der das ganze deutsche Bergrecht durchzieht. Das Berggesetz steht auf dem Standpunkt, daß bei einer Kollision zwischen Bergbau und Oberflächenrecht grundsätzlich die Gewinnung der Bodenschätze für die nationale Wirtschaft wertvoller ist als die Ausnutzung der entsprechenden Oberfläche (**Isay**, ABG. Bd. 2 S. 2). Infolgedessen ist dem Bergbau sogar ein Enteignungsrecht gegenüber dem Grundeigentümer gewährt. Ein Unterlassungsanspruch des Grundeigentümers gegenüber Betriebshandlungen des Bergwerkseigentümers ist ausgeschlossen, vielmehr hat der Grundeigentümer gegenüber Schädigungen, die er durch den Bergbau erleidet, nur einen Schadensersatzanspruch. Zurücktreten muß das Recht des Bergbaues lediglich gegenüber öffentlichen Verkehrsanstalten (§ 153 ABG.). Jedoch gewährt in diesem Falle § 154 dem Bergbautreibenden gegenüber der öffentlichen Verkehrsanstalt einen Schadensersatzanspruch. Der Satz des RG., daß der Grundeigentümer an dem Bergbau nachteiligen Handlungen durch das Bergwerkseigentum nicht gehindert werde, widerspricht also in dieser Allgemeinheit offensichtlich dem Sinn des Gesetzes.

Soweit Schadensersatz gefordert wird, kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt in Betracht. Der Schade entsteht dadurch, daß zugunsten des Grundeigentümers dem Bergwerksbesitzer eine bergpolizeiliche Beschränkung auferlegt wird. Hier greift § 75 EinlALR. ein. Daß im Prinzip derjenige, zu dessen Gunsten eine den Bergbau beschränkende Polizeiverfügung ergeht, dem Bergwerksbesitzer gegenüber schadensersatzpflichtig ist, ist vom RG. anerkannt (RG. 70, 388; vgl. auch JW. 1915, 528 Nr. 25). Streitig ist die Abgrenzung der Schadensersatzpflicht im einzelnen. Wir haben uns (**Isay**, Bd. 2 S. 221) auf den Standpunkt gestellt, daß bei Veränderung der Oberfläche, die zu einer bergpolizeilichen Beschränkung des Bergwerksbetriebes Anlaß gibt, eine Schadensersatzpflicht nicht begründet sei, wenn die Änderung der Oberfläche eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Änderung sei, z. B. ein Hausbau innerhalb der Fluchtlinien. Bei ungewöhnlichen Änderungen dagegen, z. B. beim Bau einer Talsperre, bestehe eine Ersatzpflicht. Im vorliegenden Falle wird man wohl, soweit der Sachverhalt erkennbar ist, von einer ungewöhnlichen Änderung der Beschaffenheit der Oberfläche reden müssen, so daß ein Schadensersatzanspruch des Bergwerksbesitzers gegeben wäre.

4. Das RG. hat demgegenüber Zweifel, ob die **allgemeinen** bergrechtlichen Grundsätze zu einer Schadensersatzpflicht führen könnten. Dagegen hält das RG. speziell beim **Grundeigentümerbergbau** unter Umständen eine **weitergehende** Schadensersatzpflicht des Grundeigentümers gegenüber dem Bergbautreibenden für denkbar, weil es an sich Sache des Grundeigentümers sei, bei Einräumung der Abbaugerechtigkeit sich gegen Beschränkungen seines Oberflächeneigentums durch den Bergbautreibenden zu sichern.

Diese Erwägung des RG. widerspricht dem oben erörterten Grundsatz, den Grundeigentümerbergbau dem regalen Bergbau möglichst anzugleichen. Auch praktisch scheint es unannehmbar, daß der regale Bergbau unter Umständen weniger Schutz genießen soll als der Grundeigentümerbergbau. So wichtig für uns heute Kali ist, so ist es doch weit weniger wichtig als etwa Eisen oder Steinkohle. Die Erwägung des RG. würde dazu führen, daß der Oberflächeneigentümer sich ungestraft gegenüber einem Eisenerzbergwerk oder Steinkohlenbergwerk Dinge erlauben könnte, für die er im Verhältnis zu einem Kalibergwerk schadensersatzpflichtig sein würde.

5. Bei der Auslegung der Befugnisse, welche dem Inhaber eines Kaligewinnungsrechts zustehen, will das RG. endlich Erklärungen berücksichtigen, welche dem Eigentümer gegenüber bei den Vertragsverhandlungen abgegeben worden sind, auch wenn sie nicht Vertragsbestandteil geworden sein sollten.

Auch das ist nicht zu billigen. Das Kaligewinnungsrecht vertritt völlig die Stelle des Bergwerkseigentums. Es kann Jahrhunderte bestehen und von einer Hand zur andern wandern. Soll wirklich derjenige, der ein solches Kaligewinnungsrecht ausbeutet, den Umfang seiner Rechte nicht nach dem beurkundeten Vertrag, sondern nach dem Ergebnis irgendwelcher Zeugenaussagen bemessen müssen, welche sich über die Jahrzehnte zurückliegenden Vertragsverhandlungen verbreiten? Wer in der Praxis steht, weiß, daß ein Prozeß, bei dem es auf die Aussage über zeitlich weit zurückliegende Vorgänge ankommt (in dem vorliegenden Falle ist der Abbauvertrag i. J. 1896, also vor einem Vierteljahrhundert geschlossen), eine reine Lotterie ist. Sein Ergebnis hängt in erster Linie davon ab, wer von den ursprünglich Beteiligten überhaupt noch lebt, in zweiter Linie von der mehr oder minder großen Schwurtüchtigkeit der Beteiligten. Dazu muß man sich vorstellen, wie sich, namentlich bei zersplittertem Grundbesitz, die Verhandlungen über die Begründung von Abbaugerechtigkeiten abspielen. Der Bergwerksunternehmer braucht für seinen Betrieb ein einigermaßen abgerundetes Feld. Durch Agenten läßt er die sämtlichen in Betracht kommenden Grundbesitzer so weit bearbeiten, daß sie mit dem Vertrage einverstanden sind. Einzelne sind Erwägungen leichter zugänglich als andere, die darauf vertrauen, daß der Bergwerksunternehmer gerade **ihr** Grundstück unbedingt haben muß und sich somit in einer Zwangslage befindet. Sollen wirklich all die Redensarten, die in dem Hin und Her der Verhandlungen ein Agent in seiner Verzweiflung einmal gebraucht, um einen besonders hartnäckigen Bauern zur Unterschrift zu bewegen, viele Jahre später zuungunsten eines Bergbautreibenden wieder aufleben, obwohl er davon nichts weiß und nichts wissen kann? M. E. geht das nicht an. Genau so, wie das Bergwerkseigentum durch die Verleihungsurkunde des Oberbergamts mit einem fest umrissenen Inhalt entsteht, muß auch ein durch Vertrag begründetes Kaligewinnungsrecht oder eine Abbaugerechtigkeit ihren fest begrenzten Inhalt durch die Vertragsurkunde bekommen, ohne daß es auf irgendwelche mündliche Erklärungen ankäme. Bei der Auslegung von Gesellschaftssatzungen hat das RG. aus ähnlichen Erwägungen seit jeher die Berücksichtigung mündlicher Äußerungen abgelehnt (RG. 83, 321; 101, 246).

RA. Dr. Rudolf **Isay**, Berlin.

meinem Recht als eine irreguläre Personalservitut zu bezeichnen sein. In dieser Weise hat RG. 59, 289 das Recht aus einem ganz ähnlichen Bohrvertrag von 1898 gekennzeichnet, und die gleiche rechtliche Beurteilung findet sich in der Begründung zum Gesetz betreffend Bestellung von Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover v. 4. Aug. 1904 (Ztschr. f. Bergrecht Bd. 45 S. 14). Für derartige unregelmäßige Personalservituten des gemeinen Rechts, die sich in Deutschland, ohne daß man sich streng an die aus dem römischen Rechte übernommenen Begriffe des usus und usus fructus gehalten hätte, als eigentümliche deutsch-rechtliche jura in re alinea entwickelt haben (SeuffArch. 36, 108; 42, 18; Beseler, Gem. dtsch. Privatr. § 193; Windscheid Bd. I § 202 Anm. 3; Mugdan, Mat. z. BGB. Bd. III S. 316), fehlt es an allgemein gültigen Bestimmungen über den Umfang der Befugnisse auf beiden Seiten. Da es auf Zweck und Art des einzelnen Rechts ankommt, werden sich schwer allgemeine Grundsätze aufstellen lassen, so daß der von Sintenis (Zivilrecht Bd. I § 60) für den usus ausgesprochene Satz, daß die Befugnisse des Berechtigten im einzelnen und besonderen sich natürlich nur für jeden Einzelfall erkennen und bestimmen lassen, auch hier Anwendung zu finden haben wird. Das BG., das auf der einen Seite für die Ermittlung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, wie erwähnt, hier nicht anwendbare gesetzliche Bestimmungen zugrunde gelegt hat, berücksichtigt auf der anderen Seite bei der Auslegung des Vertrags Umstände nicht, die nicht außer Betracht gelassen werden durften. Einmal ist für das gemeine Recht ein Grundsatz wie der aus § 1091 BGB. (Rücksicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten) entnommene nicht nachweisbar. Es wird daher unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu erwägen sein, ob und in welcher Art bei einem Widerstreit der Interessen des Grundeigentümers oder eines von diesem sein Recht Ableitenden und des Bergwerkseigentümers dem letzteren der Vorrang einzuräumen ist oder nicht. Dabei durfte die Eigenart der bestellten Dienstbarkeit nicht außer acht gelassen werden, die, wenn es sich auch nicht um bergbaufreie Mineralien handelt, immerhin bergrechtlicher Natur ist. Dann aber hätte geprüft werden müssen, ob und inwiefern der Umstand von Bedeutung für die Vertragsauslegung sein könnte, daß das Preuß. Gesetz v. 14. Juli 1895, das auf den Stein-Kalisalzbergbau in Hannover eine Reihe von Bestimmungen des ABG. v. 24. Juni 1865, darunter die §§ 148 bis 154 für anwendbar erklärt hat, zur Zeit des Vertragsschlusses bereits in Kraft getreten war. Es fragt sich insbesondere, ob etwa aus der Anwendbarkeit des § 150 ABG. Schlüsse auf den Umfang der vertraglichen Rechte des Bohrberechtigten gezogen werden können, und ob nicht die Anwendbarkeit der oben angeführten Bestimmungen des ABG. es nahelegt, bei der Auslegung des Vertrags in bezug auf den Umfang der durch ihn dem Bohrberechtigten eingeräumten Rechte die Grundsätze heranzuziehen, die für das Verhältnis zwischen dem Bergwerkseigentümer und dem Grundstückseigentümer ausgebildet worden sind. Dabei würde auch die Rechtsprechung zum ABG. nicht übergangen werden dürfen, die mehrfach ausgesprochen hat, daß der Grundeigentümer zu einer an sich ordnungsmäßigen Ausübung seines Eigentums auch dann berechtigt sei, wenn dadurch das Bergwerkseigentum und seine Ausbeutung beeinträchtigt werde, da das Recht des Berwerkseigentümers seine Grenze finde in den ihm zur Gewinnung des Minerals gewährten Befugnissen, eine dingliche Belastung des Grundeigentums mit der Folge, daß der Eigentümer verpflichtet wäre, sich einer jeden dem Bergbau nachteiligen Handlung zu enthalten, durch die bergbauliche Beleihung nicht herbeigeführt werde (RG. 5, 272; 38, 332, nach gewisser Richtung günstiger für den Bergwerkseigentümer RG. 70, 387/390[1])). Würde die sinngemäße Anwendung dieser Grundsätze zugunsten der Bekl. sprechen, so würde andererseits doch zu erwägen sein, ob eine sinngemäße Anwendung statthaft ist, gegenüber der Tatsache, daß Kali in der Provinz Hannover nicht zu den bergbaufreien Mineralien zählt, der Grundeigentümer hier es daher in seinem freien Belieben hat, ob er vertraglich einem anderen das Recht einräumen will, unter seiner Oberfläche Bergbau auf Kali zu treiben, wobei er, worauf auch die Begründung zur Novelle v. 14. Juli 1895 (zu § 148 ff. ABG.) hinweist, in der Lage ist, sich auch den Ersatz der durch den Abbau der Salze ihm erwachsenden Grundschaden vertragsmäßig zu sichern, und, wie hinzugefügt werden darf, sich das Recht vorzubehalten, in der freien Verfügung über sein oberirdisches Eigentum durch Rücksichten auf den Bergbaubetrieb nicht oder doch nicht ungebührlich beschränkt zu werden. Ist aber, wie hier, eine derartige Bestimmung in den Vertrag nicht aufgenommen, so wird zu prüfen sein, ob die tatsächlichen Verhältnisse, wobei auch die Höhe der vom Bergwerksbesitzer im Vertrage zugesicherten Gegenleistung eine Rolle spielt, die Annahme rechtfertigen, der Eigentümer habe sich mit der Einräumung des Salzgewinnungsrechts auch solcher Befugnisse hinsichtlich seines Eigentums an der Oberfläche begeben wollen, die möglicherweise geeignet sein könnten, das Gewinnungsrecht des Bergwerkseigentümers seinem Umfange nach einzuschränken. Bei der Auslegung aus diesem Gesichtspunkt heraus würde die Behauptung der Bekl., es sei den Eigentümern bei den Vertragsverhandlungen gesagt worden, die ihnen zugesagte Gegenleistung werde für sie ein reiner Gewinn sein, da sie durch die Einräumung des Rechtes in der Benutzung ihres Landes in keiner Weise beschränkt würden, auch dann zu berücksichtigen sein, wenn diese Erklärung nicht Vertragsbestandteil geworden sein sollte.

(G.K. w. K.F., U. v. 23. März 1921; 323/20 V. — Celle.) [Sch.]

[1]) JW. 1909, 329.

9. Der Schuldner kann gegen den Nießbraucher einer Forderung nicht mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen diesen zustehen.] †)

Aus den Gründen: Zwar bestimmt § 1075 Abs. 2 BGB., daß an verbrauchbaren Sachen, also namentlich an eingezogenem Gelde, der Nießbraucher mit der Einziehung Eigentum erwerben soll, und im § 1070 Abs. 1 BGB. ist bestimmt, daß auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Schuldner die Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, die im Falle der Übertragung des Rechts für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Schuldner gelten. Im Hinblick auf diese Vorschriften hat sich im Schrifttum (vgl. die Zusammenstellung in Biermanns Sachenrecht 3. Aufl. Anm. 1e zu § 1074 BGB.) ein lebhafter Streit darüber erhoben, ob dem Schuldner einer zum Nießbrauch gegebenen Forderung nicht auch ein Aufrechnungsrecht mit Forderungen zuzugestehen sei, die dem Schuldner gegenüber dem Nießbraucher zustehen. Diese Frage ist jedoch trotz der vielfachen Befürwortung ihrer Bejahung mit den Motiven zu § 1028 des I. Entwurfs eines BGB. (Bd. III S. 545) zu verneinen. Die für die Rechtsübertragung

Zu 9. Im Jahre 1904 hat der VII. ZS. des RG. — der gleiche, von dem die obige Entsch. herrührt — im Falle des § 1282 BGB. die Aufrechnung einer dem Pfandgläubiger gegen den Drittschuldner zustehenden Forderung durch und gegen den Pfandgläubiger für zulässig erklärt (RG. 58, 108 f.). Dieses Urteil, das hernach im „Juristischen Kulturkampf" von Ernst Fuchs als Beispiel neuzeitlicher Jurisprudenz gefeiert ward (158 f.), aber auch vom V. ZS. noch jüngst (1919) gebilligt worden ist (RG. 97, 39), wird nun stillschweigend desavouiert: gemäß dem (dem § 1282 Abs. 2 wortgleichen) § 1074 Satz 3 könne der Schuldner der nießbrauchsbelasteten Forderung mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Forderung nicht aufrechnen und ebensowenig der Nießbraucher. — Die Schwenkung ist bedauerlich und schwerlich begründet: Der Nießbraucher einer unverzinslichen Geldforderung — diese bislang mehr der Theorie als der Praxis bekannt gewordene Erscheinung — ist allerdings nicht Gläubiger, sondern bloß Einziehungsberechtigter und als solcher zu Verfügungen, die wie Abtretung oder Erlaß keinen Ausgleich in das Vermögen des Nießbrauchers zu bringen brauchen, nach § 1074 Satz 3 = § 1282 Abs. 2 nicht berechtigt. Von der Aufrechnung aber ihn auszuschließen und das unwirtschaftliche Hin und Her einer zweifachen Zahlung zu verlangen, besteht nicht der mindeste Anlaß. Dogmatisch nicht, weil die nach § 387 erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen durch die entsprechende Anwendung der Zessionsvorschriften (§ 1070 Abs. 1) hergestellt wird, die sich kaum vermeiden läßt, wenn man mit der wohl allgemeinen Ansicht die Aufrechnung des Schuldners mit einer Gegenforderung gegen den Nießbrauchsbesteller nur im Rahmen des § 406, also nur zugunsten des Gutgläubigen gestattet. Wirtschaftlich nicht, wenn man bedenkt, daß selbst das im Regelwege an den Nießbraucher gezahlte Geld in dessen Alleineigentum fällt (§§ 1075 Abs. 2, 1067) und irgendein dingliches Recht des Bestellers, das ihm durch die Aufrechnung geschmälert werden könnte, in keinem Falle zur Entstehung kommt. (Der Einwand Oertmanns, Ziv. Arch. 113, 425 fällt bei der vorausgesetzten Unverzinslichkeit der belasteten Forderung dahin.) — Wenn das RG. diese Gestaltung dadurch in den Hinter-

in Beziehung auf das Verhältnis zum Schuldner geltenden Vorschriften (vgl. insbesondere §§ 404 ff. BGB.) sollen nur „entsprechende“ Anwendung finden, deren Anwendung ist also ausgeschlossen, wenn sie wie die Aufrechnung, die volle Verfügungsbefugnis auf seiten des neuen Gläubigers zur Voraussetzung haben. Denn die Bestellung des Nießbrauchs gibt dem Nießbraucher, wie im § 1074 Satz 3 BGB. noch ausdrücklich hervorgehoben ist, nicht die volle Verfügungsbefugnis über die zum Nießbrauch bestellte Forderung (vgl. insbesondere auch Planck Anm. 2 zu § 1070, Anm. 3 zu § 1074 BGB.). Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die ihm zum Nießbrauch gegebene Forderung durch Aufrechnung zu vernichten, und ebensowenig darf dies der Schuldner durch Aufrechnung mit Forderungen, die ihm lediglich gegen den Nießbraucher zustehen. Auch der Umstand, daß § 1075 Abs. 2 BGB. nach der Leistung verbrauchbarer Sachen diese in das Eigentum des Nießbrauchers übergehen läßt, kann an den Rechtsverhältnissen vor der Leistung, insbesondere an dem Mangel der Aufrechnungsbefugnis, nichts ändern. Überdies hat dieser Eigentumsübergang nur formelle (fiduziarische), nicht materielle Bedeutung. Der Nießbraucher bleibt dem Forderungsberechtigten, dem er nach § 1067 Abs. 2 BGB. zur Sicherheitsleistung gegen unrechtmäßige Verwendung verpflichtet ist, für den Verbleib der Sachen verhaftet. Fehlt es hiernach an einer Befugnis des Schuldners, seine Forderungen gegen den Nießbraucher zur Aufrechnung zu verwenden, so muß aus gleichen Gründen auch seine Befugnis zur Zurückbehaltung und sein Recht, dem Nießbraucher wegen der Geltendmachung der ihm zum Nießbrauch gegebenen Forderung Arglist zum Vorwurf zu machen, verneint werden.

(M. w. M., U. v. 4. Okt. 1921: 16/21 VII. — Karlsruhe.) [Sch.]

**10. Zur Frage der Anwendung des § 1616 BGB. auf solche Kinder aus unebenbürtigen Ehen, die schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts geboren sind. Auslegung des Art. 109 Abs. 3 der neuen Reichsverfassung.] †)

Der Vater sowohl der Kl. als des Bekl. war der am 10. März 1887 verstorbene Fürst zu L.-W.-F. aus dem Hause gleichen Namens, das nach dem früheren Adelsrechte dem hohen Adel angehörte und dem der Fürstenstand von Bayern im Jahre 1812 und von Württemberg im Jahre 1813 verliehen worden war. Der Fürst war zweimal verheiratet, in erster Ehe mit einer Gräfin von Sch., die gleichfalls dem hohen Adel angehörte, in zweiter, 1870 in Paris geschlossener morganatischer Ehe mit einer Bürgerlichen, der auch schon im vorigen Jahrhundert verstorbenen Berta H., der nach der Eheschließung der Titel einer Freifrau von G. und deren aus der Ehe zu erwartenden Kindern der Freiherrntitel vom Großherzoge von Baden verliehen worden war. Aus der ersten Ehe stammt der Bekl., aus der zweiten Ehe stammen die 1871 und 1874 geborenen Kl. Diese nannten sich früher, der zuletzt erwähnten Verleihung entsprechend, Freiherren von G., sind aber der Ansicht, daß sie infolge der Gesetzgebung, die den Ereignissen vom November 1918 nachgefolgt ist, das Recht hätten, den Namen Fürst zu L.-W.-F. zu führen, und haben sich dem Bekl. gegenüber dieses Rechts berühmt. Der Bekl. bestreitet ihnen aber das Recht. Die Kl. haben deshalb gegen den Bekl. unter Berufung auf § 12 BGB. Klage erhoben und den Antrag gestellt, der Bekl. möge verurteilt werden, ihr Recht, den bürgerlichen Namen Fürst zu L.-W.-F. zu führen, anzuerkennen und in die Eintragung dieses Namens in das zuständige Standesamtsregister einzuwilligen. Der Bekl. erhob Widerklage mit dem Antrag, es möchten die Kl. verurteilt werden, es zu unterlassen, sich Fürsten oder Prinzen zu L.-W.-F. zu nennen. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab und erkannten nach der Widerklage. Die Revision blieb erfolglos. Aus den Gründen: Die eingehende Begründung, die das KG. für seine von der Revision bekämpfte Entscheidung gibt, mag nicht in allen Einzelheiten Beifall verdienen, im wesentlichen und vor allem im Ergebnisse ist sie aber zutreffend. Einverständnis herrscht unter den Parteien darüber, daß die Kl. nach dem früheren Rechte, wie es bis zu den Ereignissen vom November 1918 galt, infolge des Umstandes, daß die zweite Ehe ihres Vaters, aus der sie hervorgegangen sind, nach damaliger Auffassung eine unebenbürtige war, auf den Namen ihres Vaters und seinen Fürstentitel keinen Anspruch hatten, sondern nur berechtigt waren, sich Freiherren von G. zu nennen. In dieser Beziehung regt auch die Revision keinen Zweifel an, und darüber kann nach dem früheren Rechte in der Tat auch gar kein Zweifel bestehen (vgl. RG. 2, 153). Gegenstand des Streites unter den Parteien ist vielmehr nur die Frage und kann nur die Frage sein, ob sich der Rechtszustand inzwischen geändert hat, d. h. ob die Kl. durch die Gesetzgebung, die sich an die Ereignisse vom November 1918 angeschlossen hat, das Recht erlangt haben, sich nunmehr Fürsten zu L.-W.-F. zu nennen. Die Kl. nehmen das an, der Bekl. verneint es. Die Entscheidung des Streites hängt vornehmlich von der Bedeutung des Art. 109 Abs. 3 der neuen Reichsverfassung ab, der lautet: „Öffentlich-rechtliche Vorrechte und Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben. Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden.“ 1. Die Kl. glauben, sich für ihren Rechtsstandpunkt

---

grund zu drängen sucht, daß es dem Quasinießbraucher nur „formelles, nicht materielles Eigentum“ zugestehen will, so fragt man sich enttäuscht, ob denn diese unklare und verhängnisvolle Wendung, die bekanntlich auf dem Gebiet der fiduziarischen Rechtsgeschäfte emporgewuchert ist, noch über dieses Gebiet hinaus „nutzbar“ gemacht werden soll, statt endlich abgebaut zu werden. Hier, wo der Nießbraucher dem Besteller (nach Nießbrauchsende) nicht die vom Schuldner geleistete Sache in specie, ja nicht einmal tantundem eiusdem generis zu leisten, sondern lediglich den Wert des Erhaltenen zu ersetzen hat, von fiducia zu sprechen, ist eine Entgleisung, aus der die einzig denkbar praktische Folgerung abzuleiten (Aussonderungs- oder Widerspruchsrecht des Bestellers in Konkurs oder Zwangsvollstreckung des Nießbrauchers), doch wohl auch nicht i. S. des RG. gelegen haben kann. Ebensowenig ist § 1067 Abs. 2 heranzuziehen, um dem Besteller das Gepräge eines „materiellen Eigentümers“ zu geben: im Gegensatz zu anderen Rechten (z. B. Schweiz. ZGB. a. 760 Abs. 2) ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung überhaupt nur ausnahmsweise, nämlich dann gegeben, wenn die Vermögenslage oder das allgemeine Verhalten des Nießbrauchers die Wertersatzforderung des Bestellers gefährdet. „Gegen unrechtmäßige Verwendung“ richtet sich die Sicherheit überhaupt nicht, und von der Haftung des Nießbrauchers „für den Verbleib der Sachen“ kann gar keine Rede sein. Der Nießbraucher kann mit dem von ihm eingezogenen Gelde genau so schalten und walten wie mit seinem übrigen Vermögen.

Prof. Dr. Ernst Levy, Frankfurt a. M.

Zu 10. Die Nichtrevisibilität der für die Entscheidung bedeutungsvollen süddeutschen Landesgesetze hat dem RG. die interessante Aufgabe zu einem möglicherweise besonders schwierigen Fall einer Statutenkollision im engeren Sinne, einem Zusammenstoß partikularer Rechtsquellen, Gierke, Deutsches Privatrecht I, 710, Stellung nehmen zu müssen, erspart. Die unmittelbare Anwendung preußischen Rechts, insbesondere des preußischen Adelsgesetzes, schied, wie das RG. zutreffend ausführt, um deswillen aus, weil die Standesherrschaft, in deren Vorhandensein die Grundlage für ein eventuell eingreifendes Privatfürstenrecht zu suchen wäre, ihren Sitz da hatte, wo die mediatisierte Familie bis zur Auflösung des alten deutschen Reichs reichsunmittelbares Gebiet mit Landeshoheit besessen, Rehm, Die juristische Persönlichkeit der standesherrlichen Familie, Straßburg 1911, S. 27 f., Hausgüter der Familie L.-W.-F. aber nicht in Preußen, sondern ausschließlich in Baden, Bayern und Württemberg belegen waren. — Die zu lösende Aufgabe deckt sich im wesentlichen mit der durch das Vorhandensein einer mehrfachen Staatsangehörigkeit gestellten. Stimmen die Gesetzgebungen der mehreren Staaten, denen eine Person angehört, inhaltlich überein, so macht ihre Anwendung allerdings keine Schwierigkeit: unter dieser Voraussetzung braucht ja die Frage, welche Gesetzgebung im einzelnen zur Anwendung zu kommen habe, überhaupt nicht beantwortet zu werden. Anders, wenn die mehreren Gesetzgebungen inhaltlich voneinander abweichen. Da das internationale Privatrecht und nicht minder die Lehre von der Statutenkollision im engeren Sinne die Antwort darauf versagt, welche der mehreren Rechtsordnungen in solchen Fällen eingreift, da ihre kumulative oder alternative Anwendung sich meistens auch als unzulässig erweist, endlich auch den Beteiligten aus naheliegenden Gründen nicht selbst die freie Wahl unter den anzuwendenden Rechtsordnungen gelassen werden kann, so taucht hier ein mit den Mitteln des positiven Rechts unlösbarer Konflikt auf. Zitelmann, Internationales Privatrecht I, 173 will die Lösung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts dem Völkerrecht zuschieben. Durch Staatenvertrag müßten die aus mehrfacher Staatsangehörigkeit im Privatrecht hervorgehenden Übelstände beseitigt werden. Eine andere Lösung ist auch kaum denkbar. Auf den Zusammenstoß partikularer Rechtsquellen angewandt, empfiehlt dieser Vorschlag einen entsprechenden Akt der Reichsgesetzgebung, der auch die Konsequenzen mehrfacher Standesherrlichkeit ein und derselben Familie ins Auge zu fassen und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten einer befriedigenden Lösung entgegenzubringen hätte.

Daß dem RG. die auf die Unzulässigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung zu stützenden Bedenken, Hellwig, Lehrbuch des deut-

schon auf Satz 1 dieser Vorschrift berufen zu können. Sie sind der, besonders scharf von der Revision betonten Ansicht, es habe für sie einen öffentlich-rechtlichen Nachteil ihrer Geburt bedeutet, daß sie, weil sie aus einer unebenbürtigen Ehe ihres Vaters stammten, nach früherem Recht nicht, wie der Bekl., den Namen und die Adelsbezeichnung ihres Vaters führen durften; dieser Nachteil ihrer Geburt sei, da es einen Nachteil der Geburt nach dem zur Zeit geltenden Rechte nicht mehr gebe, jetzt beseitigt; sie könnten also auch nicht mehr gehindert werden, sich wie jedes andere eheliche Kind des Familiennamens zu bedienen, der ihnen als ehelichen Kindern ihres Vaters nach § 1616 BGB. in Verbindung mit Art. 203 EG. BGB. gebühre. Diese Beweisführung scheitert bereits daran, daß Art. 109 Abs. 3 Satz 1 die öffentlich-rechtlichen Vorrechte und Nachteile der Geburt oder des Standes nicht mit sofortiger Wirkung selbst *aufhebt*, sondern nur sagt, sie *seien aufzuheben*, und daß er damit ihre wirkliche Aufhebung dem ja nach dem Gegenstande des einzelnen Vorrechts oder des einzelnen Nachteils zuständigen Gesetzgeber, dem Reiche oder den Ländern, überläßt. Daß Abs. 3 Satz 1 diese Bedeutung hat, ergibt der Wortlaut zur Genüge. Nicht minder aber ergibt es die Entstehungsgeschichte. Nach den Beschlüssen der Nationalversammlung in der zweiten Beratung war im Entwurfe (Art. 108 Abs. 3) statt „sind aufzuheben" gesagt „bestehen nicht" (Drucksache Nr. 656). Bei der dritten Beratung wählte aber die Nationalversammlung (Sten. Ber. Sp. 2123) die jetzige Fassung und versetzte damit den Abs. 3 Satz 1 in die Klasse von Grundrechten, die lediglich *Richtlinien für erst noch zu gebende Gesetze* darstellen. Bei dieser Rechtslage braucht nicht erörtert zu werden, ob Vorrechte und Nachteile der Geburt, wie sie hier in Rede stehen, im Sinne des Abs. 3 Satz 1 überhaupt zu den öffentlich-rechtlichen Vorrechten und Nachteilen der Geburt oder des Standes gehören, auf die sich der Satz allein bezieht. Denn, wie die Frage auch zu beantworten sein möchte (vgl. RG. 101, 173 ff., insbesondere S. 185 Schluß des vorletzten Absatzes), jedenfalls könnten sich die Kl. auf Art. 109 Abs. 3 Satz 1 nicht unmittelbar stützen. Durch diesen Satz sind die Vorschriften des Privatfürstenrechts und der L.schen Hausverfassung, die gemäß Art. 58 EG. BGB. bisher dem Rechte der Kl., sich Fürsten zu L.-W.-F. zu nennen, entgegenstanden, noch *nicht* beseitigt. Berufen könnten sich die Kl. vielmehr nur auf solche Gesetze, die in Befolgung der in Art. 109 Abs. 3 Satz 1 gegebenen Anweisung die öffentlich-rechtlichen Vorrechte und Nachteile der Geburt oder des Standes, namentlich die aus dem bisherigen Ebenbürtigkeitsrechte folgenden, wirklich und mit sofortiger Wirkung aufhöben. Ein *Reichsgesetz* dieser Art ist nicht ergangen. Von Landesgesetzen kämen ohne Rücksicht auf die allerdings sonst in Namensfragen maßgebende Staatsangehörigkeit (vgl. RG. 95, 272) der Kl. lediglich die Gesetze von Ländern in Betracht, denen das standesherrliche Haus L.-W.-F. und sein Adel untersteht. Zu diesen Ländern gehört Preußen nicht. Daß die Kl., wie sie behaupten und, mangels einer entgegenstehenden Feststellung des KG., für den Rechtszug der Revision zu ihren Gunsten zu unterstellen ist, neben der bayerischen, der württembergischen und der badischen auch die preußische Staatsangehörigkeit besitzen, ist daher auf die Entscheidung ohne Einfluß. Das preußische Adelsgesetz v. 23. Juni 1920 scheidet um so mehr aus, als es, wie das KG. zutreffend ausführt, nur die Rechtsverhältnisse des *preußischen* Adels regelt, wie sich nicht nur aus seinem vom KG. angezogenen § 41, sondern vor allem aus § 1 I ergibt, der die „auf dem öffentlichen Rechte *Preußens* beruhenden" Vorschriften des bisherigen Adelsstandes aufhebt. Bedeutung hätte vielmehr ausschließlich die Gesetzgebung von Bayern, Württemberg und, mag auch der *Fürstenstand* dem Hause des Bekl. nur von Bayern und Württemberg verliehen sein, die von Baden, wo das Haus L.-W.-F. ebenfalls die Stellung einer Standesherrschaft genießt. Nun nimmt zwar das KG. zugunsten der Kl. an, daß in diesen Ländern insbesondere durch die Verfassungen, die sich in der Neuzeit gegeben haben, die Vorschriften des Privatfürstenrechts und der Hausverfassungen des bisherigen hohen Adels aufgehoben seien, und daß damit der Anwendung des § 1616 BGB., wonach das eheliche Kind den Familiennamen des Vaters erhält, an sich freie Bahn geschaffen sei. Aber damit allein, daß, wie das KG. die Rechtslage zu beurteilen scheint, in Bayern, Württemberg und Baden nunmehr auch Kinder aus unebenbürtigen Ehen den Familiennamen ihres dem bisherigen hohen Adel angehörenden Vaters erhalten, folgt für die Kl., die bereits 1871 und 1874 geboren sind, noch nichts. Ihre Auffassung, daß mit dem Wegfalle der Vorschriften des Privatfürstenrechts und der L.schen Hausverfassung, die ihnen entgegenstanden, für sie ohne weiteres Art. 203 EG. BGB. in Kraft getreten sei, ist irrig. Nicht nur *ob*, sondern auch *inwieweit* in einem einzelnen Lande in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter der in Art. 58 EG. BGB. genannten Häuser jetzt die allgemeinen Vorschriften Geltung haben sollen, bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach *Landesrecht*. Ausschließlich aus dem *Landesrecht* ist deshalb auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen, ob und in welchem Umfang in einem Lande, das für sein Gebiet die Vorschriften des Privatfürstenrechts und der Hausverfassungen des hohen Adels aufhebt und damit der Anwendung des § 1616 BGB. Raum gibt, diese Vorschrift auch auf solche Kinder aus unebenbürtigen Ehen Anwendung findet, die schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts geboren sind, in welchem Umfange mithin dem neuen Rechte rückwirkende Kraft zukommen soll. Das KG. verneint, daß sich in der Gesetzgebung der in Betracht kommenden süddeutschen Länder Bestimmungen fänden, die der Aufhebung des Privatfürstenrechts und der Hausverfassungen des hohen Adels und damit der Anwendbarkeit des § 1616 BGB. rückwirkende Kraft verleihen. Diese Auffassung des KG. ist aber, da sie sich lediglich auf Gesetze stützt, die in seinem Bezirke keine Geltung haben, und auf deren Verletzung daher nach § 549 Abs. 1 ZPO. in Verbindung mit § 1 Kaiserlichen Verordnung v. 28. Sept. 1879 im Streitfalle die Revision nicht gestützt werden kann, gemäß § 562 ZPO. für das RG. maßgebend. — 2. Ebensowenig wie auf Art. 109 Abs. 3 Satz 1 der Reichsverfassung können sich die Kl. auf Satz 2 dieses Artikels mit Erfolg berufen. Im Gegensatze zu Satz 1, der, wie gezeigt, lediglich eine Richtlinie für die zukünftige Gesetzgebung aufstellt, gibt Satz 2 einen Rechtssatz im engeren und strengen Sinne, eine Norm, die mit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung sofort und kraft Reichsrechts wirksam geworden ist. Die Vorschrift, daß Adelsbezeichnungen nur als Teil des Namens gelten, trifft, da das Gesetz nicht unterscheidet, den *gesamten* Adel, sowohl den hohen als den niederen, und bezieht sich sowohl auf die Bezeichnungen „Fürst", „Freiherr" usw. als auf das

---

schen Zivilprozeßrechts 2, 184, keinen Anlaß boten, sich der materiellen Entscheidung zu entziehen, verdient vollste Zustimmung. Da eine sachliche Entscheidung auf Grund des vorliegenden Materials erfolgen konnte, entsprach es der Billigkeit, diese Bedenken nur im Fall ihrer Geltendmachung durch die Parteien zu berücksichtigen.

Zuzustimmen ist auch der rechtlichen Beurteilung des Art. 103 Abs. 3 Satz 1 RVerf.: er enthält keinen rechtsgestaltenden, die bisherige Rechtsordnung verändernden, sondern einen zu deren künftiger Änderung ermächtigenden Rechtssatz, *Anz*, DJZ. 1920, 900.

Nicht ganz bedenkenfrei dürfte die Stellungnahme des RG. zum Satz 2 a. a. O.: „Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens" sein. Die Untersuchung der Frage, ob diesem Satz rückwirkende Kraft zukomme oder nicht, wird doch nicht schon deshalb überflüssig, wie das RG. freilich ausführt, weil mit in Betracht kommende Landesgesetze ihrer Aufhebung des Privatfürstenrechts keine rückwirkende Kraft beigelegt haben. Daraus wäre doch nur zu folgern, daß die Kl. ihren Namensanspruch auf diese Aufhebung nicht stützen könnten. Es blieb aber immer noch die Möglichkeit, daß die Rückwirkung jenes jeder landesrechtlichen Gesetzgebung als Reichsrecht voraufgehenden Verfassungssatzes den Namen der Kl. ipso iure in der von ihnen beanspruchten Weise veränderte. Ob bei Erlaß jenes Verfassungsgesetzes der Eintritt von Namensänderungen beabsichtigt war oder nicht, kommt nicht in Frage, wenn die Auslegungsregeln zur Feststellung der rückwirkenden Bedeutung führen, *Opet*, JW. 1921, 421.

Dem praktischen Ergebnis, zu dem das RG. gelangt, ist beizupflichten. Der Vater der Kl. war bereits 1887 gestorben. Seine Adelsbezeichnung wurde also von dem Verfassungssatz: „Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens" nicht mitbetroffen, erlitt daher auch in ihrer Qualifikation keine sie zum Namensbestandteil umschaffende Änderung. Für die Kl. ist mithin die Zusammensetzung „Fürst zu L.-W.-F." gar nicht zum Namen geworden und sie können deshalb auf sie als auf einen Namen keinen Anspruch machen. Die Ausführungen von *Blumes*, DJZ. 1921, 127, der aus dem unbestrittenen Satz, daß mit Änderung des Namens des Vaters auch der Name des Kindes sich ändere, die Folgerung zieht, daß das Kind, sobald die Adelsbezeichnung Teil des Namens geworden, nunmehr ebenfalls die Adelsbezeichnung als Teil des geänderten väterlichen Namens zu führen hat, trifft auf den vorliegenden Tatbestand nicht zu.

Prof. Dr. *Otto Opet*, Kiel.

einfache „von“. Alle Adelsbezeichnungen ohne Unterschied gelten nunmehr kraft Reichsrechts nur noch als Teil des Namens. Das hat zur Folge, daß vormals adelige Namen seit dem 14. Aug. 1919 nicht mehr nach Adelsrecht, sondern nach dem BGB. übertragen werden, also auch durch uneheliche Geburt von einer adeligen Mutter, durch Annahme an Kindes Statt seitens eines adeligen Wahlvaters, durch Ehelichkeitserklärung auf Antrag des adeligen Erzeugers und durch Namenserteilung seitens eines adeligen Ehemannes an das voreheliche Kind seiner Frau (§ 1616, § 1706 Abs. 1 und 2, § 1723, § 1736, § 1758 BGB.). Aber auch daraus können die Kl. nichts für sich herleiten. Denn irgendeine Namensänderung, namentlich eine solche, wie sie die Kl. im Auge haben, ordnet Abs. 3 Satz 2 nicht an. Er würde deshalb die Kl. selbst dann nicht günstiger stellen, wenn er, wie im Schrifttume bisweilen angenommen wird, in seinem hier in Frage stehenden ersten Teile rückwirkende Kraft hätte, wenn er also besagte, daß auch für die Vergangenheit Adelsbezeichnungen so angesehen werden sollten, als ob sie nur Teil des Namens gewesen wären. Trotzdem nämlich würden die Kl., solange ihnen die Vorschriften des Privatfürstenrechts und der L.schen Hausverfassung entgegenstanden, den Namen ihres Vaters nicht erworben haben, und die Aufhebung dieser Vorschriften in den maßgebenden Ländern Bayern, Württemberg und Baden ist, wie vorhin erörtert, nach der das RG. bindenden Auffassung des KG. erst jetzt und ohne rückwirkende Kraft erfolgt. Ob dem Satzteile „Adelsbezeichnung gelten nur als Teil des Namens“ rückwirkende Kraft zukommt, braucht also nicht untersucht zu werden. Erst recht kann unerörtert bleiben, ob, wenn die Vorschrift reichsrechtlich keine rückwirkende Kraft hat, die Länder in der Lage wären, ihm für ihr Gebiet rückwirkende Kraft zu verleihen, was zudem, wiederum nach der das RG. bindenden Auffassung des KG., von Bayern, Württemberg und Baden nicht geschehen ist. Es bleibt vielmehr dabei, daß den Kl. auch Art. 109 Abs. 3 Satz 2 RV. nicht zur Seite steht, und daß die Kl. von den beiden Vordergerichten mit Recht abgewiesen ist.

(von G. u. Gen. w. Fürst L.-W.-F., U. v. 17. Nov. 1921; 572/20 IV. — Berlin.) [B.]

****11.** Die Verletzung der Vorschrift des § 256 HGB., daß jedem Aktionär auf Verlangen Abschrift der Anträge zu erteilen ist, hat die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses dann nicht zur Folge, wenn die Verletzung der Vorschrift auf die Beschlußfassung ohne Einfluß war.] †)

Der Kl. ist Aktionär der verkl. AGes. Er ficht auf Grund § 271 HGB. eine Reihe von Beschlüssen an, welche in der Generalversammlung der Gesellschaft am 27. März 1920 gefaßt worden sind. In der ordnungsmäßig erfolgten Berufung zu dieser war als Zweck der Versammlung u. a. angegeben: 4. Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von 250 Vorzugsaktien mit bevorzugtem Dividendenbezug und erhöhtem Stimmrecht usw. 5. Übernahme der auf die Bezüge des Aufsichtsrats fallenden Sonderabgaben durch die Gesellschaft. 6. Berechtigung des Aufsichtsrats, aus seiner Mitte Ausschüsse zur selbständigen Erledigung einzelner Geschäftskreise zu bilden. 7. Die Bestimmung, daß die Aufsichtsratsmitglieder deutsche Reichsangehörigkeit besitzen müssen. 8. Die durch vorstehende Vorschläge bedingte Änderung der Statuten in den §§ 4, 12, 13, 20, 25, 29, 30. Am 22. März 1920 hat Kl. die Bekl. brieflich ersucht, ihm die gestellten Anträge mitzuteilen und erhielt darauf lediglich unter Beifügung des Statuts die veröffentlichte Tagesordnung. In der Generalversammlung erschien er, machte, als es zur Beschlußfassung zu Punkt 4—8 kommen sollte, den Verstoß gegen HGB. § 256 Abs. 1 Satz 2 geltend und beantragte, die Verhandlungen zu diesen Punkten zu vertagen, was abgelehnt wurde. Punkt 4 erhielt nicht die erforderliche Dreiviertelmehrheit. Kl., der sich unter Wahrung seines Standpunktes an der Abstimmung beteiligte, stimmte gegen den Antrag. Die Punkte 5—7 wurden gegen die Stimme des Kl. angenommen, ebenso die Abänderungen der §§ 12, 13, 29 des Statuts. Kl. hat beantragt: festzustellen, daß die Beschlüsse der Generalversammlung bez. der Satzungsänderungen betr. die §§ 12, 13 und 29 nichtig sind. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg. Gründe: Der BR. führt aus, daß die Zusendung der Tagesordnung an den Kl. die im § 256 HGB. vorgeschriebene Mitteilung der Anträge nicht habe ersetzen können, und fährt fort, es frage sich indessen, ob ein Verstoß dieser Art unter allen Umständen die Anfechtung begründe, was verneint werden müsse; die Formvorschriften seien nicht um ihrer selbst willen gegeben. Die Mitteilung der Anträge sei vorgeschrieben, damit der Aktionär seine Entschließung vorbereiten könne und in der Versammlung nicht überrascht werde; habe der Verstoß eine solche Folge nicht gehabt, so sei der Aktionär in seinem materiellen Rechte nicht beeinträchtigt worden, und es fehle an jedem Grunde zur Anfechtung; so liege es hier jedenfalls bezüglich der Punkte 5 bis 7, die fast wörtlich mit den Anträgen selbst übereingestimmt hätten, während allerdings zu Punkt 4 die Anträge viel ausführlicher gewesen seien, wie in der Tagesordnung angegeben; aber auch hier seien die Interessen des Kl. nicht verletzt worden, weil er gegen den Antrag gestimmt habe, der dann auch nicht angenommen worden sei; er könne gegen die von ihm selbst gebilligte Ablehnung des Antrags keine Anfechtungsklage aus einem Verstoße herleiten, der seine Aktionärrechte nicht beeinträchtigt habe, wie er denn ja auch den Beschluß zu 4 gar nicht anfechte; erst recht könne er nicht aus Gründen, die in Punkt 4 unter Umständen hätten in Betracht kommen können, Beschlüsse anfechten, die mit Punkt 4 nichts zu tun hätten. Die Revision beanstandet das ohne Grund. Es ist feststehende Rechtsprechung des RG., daß Verstöße gegen wesentliche Formvorschriften das weitere Verfahren und dessen Gültigkeit nicht unter allen Umständen in Frage stellen, daß es vielmehr auch darauf ankommt, ob der Verstoß in irgendeiner Weise auf die Beschlußfassung Einfluß geübt hat (Bolze 17 Nr. 531, 23 Nr. 583; RG. 90, 206; 65, 242[1]); Holdheim, MSchr. 6, 121). Das ist nicht unwidersprochen geblieben. Aber die gegnerische Auffassung führt zu einem für das heutige Rechtsbewußtsein unerträglichen Formalismus. Es würde damit der Zweck der Formvorschrift, welche den einzelnen in der Wahrnehmung seiner Interessen schützen soll, verfehlt, indem sie zu einer Handhabe würde, dem einzelnen einen sachlichen Einfluß auf die Entscheidungen der Generalversammlung zu gewähren, den er nach Absicht ebendesselben Gesetzes nicht haben soll. Allen Bedenken gegen eine zu lässige Auffassung erscheint dadurch ausreichend begegnet, daß man es mit dem dem Gegner obliegenden Beweis der Einflußlosigkeit streng nimmt. Ist also an dieser Rechtsprechung festzuhalten, so ergibt sich, daß hinsichtlich jedes einzelnen Beschlusses die Bedeutung der Formverletzung selbständig geprüft werden muß und zu den einzelnen Beschlüssen verschieden beurteilt werden kann. Der Punkt 4 der Tagesordnung und der hierzu gefaßte Beschluß ist nicht angefochten und kommt daher nicht weiter in Frage. Angefochten sind nur die Beschlüsse zu Punkt 5—7. Hier hätte die Zusendung der Anträge dem Kl. nichts gesagt, was er nicht in derselben Vollständigkeit der Tagesordnung entnehmen konnte. Er würde nur erfahren haben, daß mehr und Eingehenderes, als er schon wußte, mit den Anträgen nicht angeregt würde. Unter diesen Umständen konnte der Vorderrichter ohne Bedenken annehmen, daß auch bei Übermittlung der Anträge an den Kl. die Dinge gar nicht anders gelaufen wären, als sie es getan haben. Wenn

---

Zu **11.** Für die Aktiengesellschaft bedeuten Anfechtungsklagen, die eigensinnige oder schikanöse Aktionäre gegen Beschlüsse der Generalversammlung erheben, eine beträchtliche Gefahr. Vor allem bringen sie stets eine für die Gesellschaft sehr unangenehme Rechtsunsicherheit, nämlich Zweifel darüber, ob der betreffende Beschluß zu Recht besteht oder nicht, mit sich, und weiterhin wird dadurch der Ruf der Gesellschaft nach außen leicht gefährdet. Den empfindlichen Nachteilen, die den Aktiengesellschaften durch Anfechtungsklagen ihrer Aktionäre drohen, hat auch der Gesetzgeber mit der Bestimmung in § 272 Abs. 3 HGB., wonach auf Erfordern der Aktiengesellschaft der klagende Aktionär Sicherheit zu leisten hat, vorbeugen wollen. Dieser Schutz, der auf gesetzespolitischer Erwägung beruht, wird ergänzt durch die ausschließlich auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen, nämlich solchen über die Kausalität, beruhende ständige Rechtsprechung des RG., wonach Verstößen gegen wesentliche Formvorschriften nur dann Bedeutung zuerkannt wird, wenn der Verstoß von Einfluß auf die Beschlußfassung gewesen ist. Wenn auch hiernach die Gesellschaft darzutun hat, daß trotz des begangenen Formfehlers der angefochtene Generalversammlungsbeschluß auf dem Fehler nicht beruht, ist doch, wie das RG. zutreffend ausführt, die Sachlage im vorliegenden Falle derart gewesen, daß an sich die Kausalität durchaus unwahrscheinlich und die dafür vom Anfechtungskläger geltend gemachten Angaben völlig unsubstantiiert waren. JR. Dr. Fischer, Leipzig.

[1]) JW. 1907, 268

Kl. ausführt, er hätte, wäre ihm die Mitteilung geworden, seinen Widerspruch vorbereiten, sich mit anderen Aktionären in Verbindung setzen und sie für seine Auffassung interessieren und gewinnen können, so ist das nur ganz allgemein gesprochen. Blickt man auf den konkreten Fall, so lag für den Kl. in der Erkenntnis, daß in den Anträgen nicht mehr stand, als die Tagesordnung besagte, nichts, was ihn in seinen eigenen Überlegungen und in seiner werbenden Tätigkeit im geringsten hätte anregen oder fördern können. Freilich ist, wie schon hervorgehoben, der Gegner der beweispflichtige Teil. Aber diese Verteilung der Beweislast, und daß man es mit diesem Beweis streng nehmen soll, bedeutet nicht, daß der Kl. jeder Darlegungspflicht enthoben wäre. Er soll nicht schweigen, wo er reden kann, wenn er mit seinem Schweigen dem Gegner jede Möglichkeit nimmt, mit Behauptungen und mit Beweisen oder Widerlegungen einzusetzen. Die hier angefochtenen Änderungen der Satzung klingen, an sich betrachtet, ganz verständig, jedenfalls durchaus verständlich und schon dazu, was sachlich gegen sie einzuwenden wäre, hat Kl. nichts beigebracht. Vollends aber darüber — und hierauf würde es ankommen — inwiefern er seinen Widerspruch hätte wirkungsvoller machen können, wenn er gewußt hätte, daß die Anträge nicht mehr besagen würden, wie die Tagesordnung, ist gar nichts gesagt. Das alles liegt so sehr auf der Hand, daß beim Schweigen des Kl. nicht einzusehen war, was hier die Bekl. noch hätte behaupten, beweisen oder widerlegen sollen. Es muß aber auch anerkannt werden, daß bei diesem Zusammenhang für den Kl. die Aufforderung, seinen Widerspruch und seinen Kampf gegen die angefochtene Bestimmung zu motivieren, sein Interesse an dem, was er durch Mitteilung der Anträge erfahren hätte darzulegen, so sehr in der ganzen Prozeßlage begründet war, daß den Richter kein Vorwurf trifft, wenn er seinerseits hierzu nicht aufgefordert hat. Der Beschluß, durch welchen die Generalversammlung den Vertagungsantrag abgelehnt hat, ist vom Kl. gar nicht angefochten worden (s. Klagantrag), konnte übrigens selbständig auch gar nicht angefochten werden; die Versammlung hatte es in der Hand, ob sie des Verstoßes ungeachtet und auf die Gefahr hin, ungültige Beschlüsse zu fassen, verhandeln und die Tagesordnung erledigen wollte. Damit verstieß sie weder gegen ein Gesetz noch gegen das Statut (HGB. § 271 Abs. 1).

(Dr. E. w. B. Tauwerkfabrik AGes., U. v. 4. Okt. 1921; 161/21 II. — Celle.) [B.]

**12. Haftung des Transportunternehmers aus der bloßen rechtsverbindlichen Übernahme des Gutes (receptum). — Sittenwidrigkeit einer Freizeichnungsklausel für den Fall schuldhafter Handlungen oder Unterlassungen des Transportunternehmers selbst oder seines leitenden Angestellten.]†)

Am 10. Jan. 1919 ließ der Kaufmann B. zu C. 4 Kisten und 6 Pack isolierter Kupferdrahtleitung durch einen Fuhrmann zu dem auf dem Hafengelände in C. befindlichen Empfangsgebäude der Bekl. fahren mit dem Auftrage, die Ware der Bekl. zwecks Beförderung nach D. an die Adresse und zur Verfügung der Kl. zu übergeben. Nach Angabe der Kl. hat der genannte Fuhrmann diesen Auftrag vollzogen und seinem Auftraggeber die v. 10. Jan. 1919 datierte Urkunde, welche mit dem Namen „D." als „Vertreter" der Kl. (muß heißen: der Bekl.) unterzeichnet ist, zurückgebracht. Die Güter sind bei der Kl. nicht angelangt, sondern abhanden gekommen. Die Kl. behauptet, daß durch die geschilderten Vorgänge zwischen B. und der Bekl. ein die Empfangnahme und Beförderung der Güter seitens der Bekl. betreffendes Vertragsverhältnis zustande gekommen sei, und daß B. die ihm daraus erwachsenen Ansprüche gegen die Bekl. der Kl. übertragen habe. Die von der Kl. erhobene Schadensersatzklage für den Verlust der Güter ist vom OLG. bis auf den Betrag von 285 ℳ abgewiesen worden. Die Revision der Kl. hatte Erfolg. Gründe: Das BG. läßt es dahingestellt, ob durch die Unterzeichnung der als Konnossement bezeichneten Urkunde v. 10. Jan. 1919 seitens des Absenders der Ware B. einerseits und des Vorarbeiters der Bekl. D. andererseits ein Frachtvertrag zum Abschluß gekommen sei, da jedenfalls D. die Güter für die Bekl. in einer diese verpflichtenden Weise zum Zwecke der Beförderung in Empfang genommen habe. Die betreffenden Feststellungen des BG. genügen, um grundsätzlich die Bekl. zum Ersatz des eingeklagten Schadens verpflichtet erscheinen zu lassen. Andererseits muß die Kl., welche ihre Ansprüche ausschließlich aus der Urkunde (Konnossement) v. 10. Jan. 1919 herleitet, die dort ausdrücklich in Bezug genommenen „Verladungsbedingungen" auch dann gegen sich gelten lassen, wenn ein eigentlicher Frachtvertrag mit der Bekl. nicht getätigt sein sollte. Da ferner die Bekl. gegen die Höhe der Klagforderung an sich keine Einwendungen erhoben hat, erscheint sie in vollem Umfange sachfällig, falls ihre Berufung auf die Freizeichnungsklausel in § 9 der „Verladungsbedingungen" verfehlt sein sollte. Nun hat das BG. ausgeführt: es sei als mindestens grob-fahrlässig

---

Zu 12. Das RG. läßt dahingestellt, ob ein Frachtvertrag zum Abschluß gekommen ist und ob die Bekl. ihn ohne die Freizeichenklausel abgeschlossen haben würde. Damit bleibt die Möglichkeit offen, daß D. bloß als Empfangsvertreter gehandelt hat. Dem Schriftstück kommt alsdann nur die Bedeutung eines vorläufigen Empfangsscheines zu, der dem Verkehrsrecht nicht unbekannt ist (§ 642 HGB.). Schon von der Empfangnahme an entsteht zwischen den Parteien ein den Frachtvertrag vorbereitendes Rechtsverhältnis (§ 58 BinnenschG.), das nicht etwa bedingungsfeindlich ist. Denn das Urteil besagt, daß die Verladungsbedingungen, die der als Konossement bezeichneten Urkunde aufgedruckt sind, auch dann Geltung beanspruchen, wenn es nicht zum Abschluß eines Frachtvertrages gekommen ist. Es würde ja auch nicht einleuchten, warum der Frachtführer, der den Vertragsschluß von einer Milderung der gesetzlichen Haftung abhängig zu machen pflegt, in der Zeit von der Empfangnahme bis zum Zustandekommen des Vertrages einer unbeschränkbaren Haftung unterstehen sollte. Die Kl. hat die Bedingungen unterzeichnet, volenti non fit injuria. Ob nun für die Empfangnahme i. S. des § 58 eine bloße Tathandlung genügen kann, mag dahingestellt bleiben. Untersteht die Übernahme des Gutes — wie es hier nach der Beurteilung des RG. der Fall ist — den Verladebedingungen der Bekl., dann wird man ihr den rechtsgeschäftlichen Charakter kaum absprechen können. Da nun die Vorschrift des § 139 BGB. nicht nur für Verträge, sondern für alle Rechtsgeschäfte Gültigkeit hat, so scheint es zweifelhaft, ob die Gegenüberstellung von Vertrag und Rezeptum am Schluß des Urteils für den vorliegenden Fall in Betracht kommt. Die Anwendung des § 139 ist ja allerdings in solchen Fällen recht mißlich, denn der Frachtführer erreicht gerade durch die sittenwidrige Klausel, daß er aus dem Rechtsgeschäft, das seinem ganzen Inhalte nach von deren Nichtigkeit ergriffen wird, nicht zu fassen ist.

Es fragt sich aber ferner, ob die Klausel sittenwidrig und ob bejahendenfalls die Haftung nicht auf einem einfacheren Wege zu erreichen ist.

Die Begründung zu § 58 BinnenschiffG. weist darauf hin, daß die Schiffahrtsgesellschaften nicht, wie die Eisenbahnen, gewollte Monopolbetriebe sind, daß sie mit viel erheblicheren Gefahren und höheren Werten, als die Eisenbahn, zu rechnen haben, daß besonders die Verfrachtungsbedingungen der rheinischen Schiffahrtsgesellschaften daher in bezug auf Ablehnung und Beschränkung der Haftung sehr weit gehen, die sie auch in einer Weise begrenzen, die den tatsächlichen Verhältnissen kaum Rechnung trägt, daß sie ferner die Beweispflicht umzukehren pflegen und die Haftung selbst in auffälligem Umfange ausschließen. Aber die Möglichkeit der Transportversicherung (die gleichfalls mit der Empfangnahme beginnt, § 134 BVG., JW. 93, 272) eröffne dem Absender den Weg, die Gefahr von sich abzuwälzen, und der Versicherer könne die Prämie mit Rücksicht darauf bemessen, daß ihm nur ein beschränkter Rückgriff zusteht. Im anderen Falle müßte, wie hinzugefügt werden darf, der Schiffahrtsunternehmer die Fracht um den Betrag einer Haftpflichtprämie erhöhen, die Spesen für den Absender wären daher nicht geringer. Immerhin können derartige Klauseln zu einer recht laxen Handhabung des Frachtgeschäfts führen, welche die Interessen des Verkehrs und der Versicherer verletzt, und der entschieden entgegenzutreten ist, besonders wenn es sich um einen Monopolbetrieb handelt. Aber gerade das erscheint bei der großen Zahl der Rheinschiffahrtsunternehmungen, dem Vorhandensein von Eisenbahnlinien, der kurzen Entfernung, dem Umstand, daß es sich um Stückgut handelt und den Schiffsfrachtsätzen, die in den Jahren 1919/1920 zum Teil die Eisenbahnfrachten überstiegen haben, zweifelhaft. Es würde auch zu unklaren Verhältnissen bei gemischten Unternehmungen, die zugleich Binnen- und Seeschiffahrt nebst Spedition betreiben, führen, wenn ihre Klauseln etwa see- und speditionsrechtlich gültig, für die Flußfracht dagegen ungültig sein sollten.

Nimmt man aber eine den ganzen Vertrag ergreifende Sittenwidrigkeit der Haftungsbeschränkung für den vorliegenden Fall an, so dürfte sich eine außervertragliche Haftung der Bekl. ohne weiteres aus ihrem Gewerbebetrieb ergeben, der die Entgegennahme fremden Eigentums mit sich bringt und vermöge dessen ihr ähnlich wie demjenigen, der einen Verkehr eröffnet, eine allgemeine Obhuts- und Überwachungspflicht außerhalb der einzelnen Frachtverträge obliegt. Die Verletzung dieser Pflicht führt zur Annahme einer fahrlässigen Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB. (RG. 102, 38). JR. Dr. Schmidt-Ernsthausen, Düsseldorf.

zu erachten, wenn — wie hier — das von dem zur Annahme befugten Vorarbeiter D. in Empfang genommene und nicht zurückgegebene Gut von den Arbeitern und Angestellten der Bekl. eine derartige geschäftliche Behandlung erfahren habe, daß es nicht nur in den Hallen der Bekl. nicht aufzufinden, sondern auch in ihren Büchern und Schiffspapieren keinerlei Eintragung darüber erfolgt sei. Eine Geschäftseinrichtung, welche es ermöglicht, daß trotz etwa entgegenstehender Anordnungen der Bekl. ein Vorarbeiter sich für befugt halten könne, nicht nur die Güter anzunehmen, sondern sogar Frachtbriefe (richtiger: Konnossemente bzw. Ladescheine) über sie auszustellen, ohne daß die kaufmännischen Angestellten der Bekl. hiervon etwas erfahren, lasse auf eine starke Vernachlässigung der in solchem Betriebe erforderlichen Aufsichtsführung seitens der leitenden Angestellten schließen. Diese grob-fahrlässige geschäftliche Behandlung des Gutes sei die unmittelbare Ursache seines Verlustes gewesen und begründe die grundsätzliche Haftpflicht der Bekl. Danach ist ohne erkennbaren Rechtsirrtum ein für den Verlust des Gutes mitwirkendes, also ursächliches, grob-fahrlässiges Verschulden von *leitenden* Angestellten der Bekl., bestehend in einer ungewöhnlich mangelhaften Einrichtung und Beaufsichtigung ihres Geschäftsbetriebes, festgestellt worden. Ein solches Verschulden der geschäftsführenden Organe der bekl. AG. hat als *eigenes* Verschulden derselben zu gelten. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Freizeichnung in den „Verladungsbedingungen“ § 9 Abs. 2 sich überhaupt auf ein Verschulden der eben erwähnten Art bezieht. Denn jedenfalls würde eine so weitgehende Freizeichnung im Hinblick auf die vom BG. dargelegte Monopolstellung der Bekl. ein Mißbrauch dieser Machtstellung und somit als gegen die guten Sitten verstoßend rechtsunwirksam sein, selbst wenn man diese Freizeichnung mit dem BG. für die übrigen, nicht in leitender Stellung befindlichen Angestellten der Bekl. gelten lassen wollte (RG. 20, 115 ff.; 52, 402 ff.; 99, 108 ff[1]); 62, 266; *Düringer-Hachenburg*, HGB. 2. Aufl. Bd. III S. 841 § 429 Anm. 16). Denn der Hinweis auf die nach den Ausführungen des BG. zur Zeit der hier fraglichen Versendung herrschende Unsicherheit im gesamten Beförderungsgewerbe muß versagen, wenn es sich wie hier um die eigenen Handlungen oder Unterlassungen des Transportunternehmens bzw. seiner *leitenden* Angestellten handelt. Die Frage, ob die Bekl. einen Vertrag der in der Urkunde v. 10. Jan. 1919 vorgesehenen Art ohne die nach Obigem unwirksame Freizeichnung abgeschlossen haben würde oder nicht (BGB. § 139), ist hier ohne Bedeutung, da die Haftung der Bekl. schon durch die bloße Tatsache der rechtsverbindlichen Übernahme des Gutes (receptum) begründet ist. Demgemäß ist das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abweist, aufzuheben.

(H. w. Rhein- u. See-SchiffahrtsGes. AG., U. v. 1. Okt. 1921; 135/21 I. — Cöln.) [B.]

13. Verwirklichung des Tatbestandes des unlauteren Wettbewerbs dadurch, daß sich eine mit der Beratung in Steuersachen beschäftigte Person, die nicht Rechtsanwalt ist, als „Steueranwalt“ bezeichnet.] †)

Der Bekl., der früher in der Steuerverwaltung als mittlerer Beamter tätig gewesen, beschäftigt sich seit einer Reihe von Jahren mit der Beratung in Steuersachen und bezeichnet sich im Berliner Adreßbuch und im Fernsprechteilnehmerverzeichnis, sowie auf Briefbogen, eine Zeitlang auch in seinen Ankündigungen in Zeitungen als „Steueranwalt“. Der Kl. ist ein eingetragener Verein, dessen Zwecke — wie in der erneuten Berufungsverhandlung vom Bekl. nicht mehr bestritten worden ist — auch auf Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder gerichtet ist. Er erblickt in der Beilegung der Bezeichnung Steueranwalt einen unlauteren Wettbewerb des Bekl. gegen die Rechtsanwälte und verlangt nach §§ 1, 3 und 13 UnlWG., sowie nach § 826 BGB., daß dem Bekl. verboten werde, sich in seinen Ankündigungen „Steueranwalt“ zu nennen. Das KG. hatte die Klage zunächst abgewiesen. Nach Aufhebung dieses Urteils durch das RG. hat das KG. nach erneuter Verhandlung die Berufung des Bekl. gegen das dem Klagantrage stattgebende Urteil des LG. zurückgewiesen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision des Bekl. war ohne Erfolg. *Gründe*: Nachdem durch das erste Revisionsurteil in dieser Sache v. 4. Juni 1920 entschieden worden, daß die Vorschriften des UnlWG. zum Schutze der Rechtsanwälte gegen unlauteren Wettbewerb, den dritte *Nichtanwälte* gegen sie verüben, anwendbar seien und nachdem in der erneuten Berufungsverhandlung die Sachlegitimation des klagenden Vereins unstreitig geworden ist, handelt es sich nur noch um die Frage, ob der Bekl. den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs verwirklicht hat. Das BG. bejaht mit Recht diese Frage. Zunächst erblickt es in der beanstandeten Bezeichnung „Steueranwalt“ eine unrichtige Angabe des Bekl. im Sinne des § 3 UnlWG. Es geht zutreffend davon aus, daß sich die Ankündigungen des Bekl. bei der großen Menge der heutigen Steuern, ihrer Geltung auch für die einfacheren Volkskreise und den immer schwieriger werdenden Fragen des Steuerrechts schließlich an jeden richten, der eigenes Einkommen oder Vermögen hat oder wegen seiner gewerblichen Tätigkeit oder infolge eines Erbfalls steuerpflichtig ist, und daß deshalb auch auf die Auffassung des weniger sachkundigen erheblichen Teils des Publikums Rücksicht zu nehmen ist. Das BG. stellt weiter ohne Rechtsirrtum fest, daß das von diesen Ankündigungen des Bekl. Kenntnis nehmende Publikum — und zwar keineswegs nur das geringer gebildete — in einem für die Berücksichtigung ausreichenden Umfange in der Bezeichnung „Steueranwalt“ zwar nicht einen Rechtsanwalt erblickt, weil ein Rechtsanwalt sich als solcher bezeichnet, wohl aber eine Person, die auf Grund besonderer Vorbildung amtlich zur Vertretung in Steuersachen gegenüber den Steuerbehörden bestellt oder zugelassen ist, in ihrer Tätigkeit überwacht wird und zur Führung der Bezeichnung „Steueranwalt“ ausdrücklich für befugt erklärt ist. Das BG. verweist in diesem Zusammenhange auch auf die Bestimmungen der §§ 88 und 225 RAbgO. v. 13. Dez. 1919, nach denen die Landesfinanzämter Personen, die aus der Erteilung von Rat und Hilfe in Steuersachen ein Geschäft machen, widerruflich zum Auftreten vor den Steuerbehörden zulassen können. Ferner verweist es auf die Vorschrift des § 239 a. a. O., nach der bei den Finanzgerichten Rechtsanwälte zugelassen werden können. Das BG. verkennt nicht, daß der durch die RAbgO. geschaffene Rechtszustand zur Zeit der Klagerhebung noch nicht bestanden hat; es berücksichtigt ihn aber deshalb, weil der Bekl. noch am Tage der letzten mündlichen Verhandlung im Wohnungsanzeiger und im Fernsprechteilnehmer-Verzeichnis als „Steueranwalt“ bezeichnet ist. Gegen diese Auffassung des BG. bestehen keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere steht — abweichend von der Ansicht der Revision — der Umstand, daß die näheren Bestimmungen, in welcher Weise diese Zulassung erfolgen soll, nach Angabe des BG. bisher noch nicht getroffen sind, dieser Erwägung nicht entgegen. Zweifel könnten eher umgekehrt in der Richtung bestehen, ob das BG. mit seiner Auffassung, daß ein maßgebender Teil des Publikums bei der Bezeichnung „Steueranwalt“ nicht an einen Rechtsanwalt denke, weil ein Rechtsanwalt sich als solcher zu bezeichnen pflege, dem Standpunkt des Bekl. nicht zu weit entgegengekommen sei. Doch kann diese Frage dahingestellt bleiben, weil sie für die Entscheidung der Sache nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Die unter Beweis gestellte Behauptung des Bekl., keiner seiner Kunden sei durch die beanstandete Bezeichnung irregeführt worden, ist vom BG. aus der zutreffenden Erwägung für unerheblich erachtet worden, daß, wenn sich gerade von allen den Personen, die sich haben täuschen lassen, keiner an den Bekl. gewandt, sondern ihn nur solche Personen mit der Vertretung beauftragt haben sollten, die sich über seine Persönlichkeit im klaren waren, dies der Unterlassungsklage nicht entgegenstehen würde. Denn dadurch werde nicht ausgeschlossen, daß ein Teil des Publikums mit der Bezeichnung eine unrichtige Vorstellung verbinde. Nach der weiteren zutreffenden Darlegung des BG. bezieht sich die unrichtige Angabe auf den Besitz einer Auszeichnung im Sinne des § 3 UnlWG., da die Bezeichnung „Steueranwalt“ ihren Träger in den Augen des Publikums hervorhebt, wie oben dargelegt worden. Diese Bezeichnung ist nach der bedenkenfreien Ansicht des BG. auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, da es dem beteiligten Publikum wegen der unrichtigen Bezeichnung günstiger erscheint, als es ohne diese wäre. Denn das Publikum müsse das Angebot der Vertretung durch eine

---

[1]) JW. 1920, 773.

Zu 13. Vgl. das frühere Urteil des RG.: JW. 1920, 778; die früheren Entsch. des KG.: M. u. W. XIX, 117 und JW. 1920, 1038.

behördlich zugelassene und überwachte Person stets für günstiger halten, als das einer Person, die sich im freien Wettbewerb ohne jede Prüfung und Überwachung mit der Vertretung befasse. Mit Recht betont das BG., als hierbei ausschlaggebend, daß das Angebot des behördlich zugelassenen Vertreters den Anschein eines günstigeren Angebots besitze, daß es dagegen unerheblich sei, ob der Bekl. — wie er behauptet — die ihm anvertrauten Geschäfte mit derselben Sorgfalt und Sachkunde bearbeite, wie es ein behördlich zugelassener Vertreter tun könnte und müßte. Denn es sei ohne Belang, ob das unter unrichtigen Angaben gemachte Angebot tatsächlich ebenso günstig sei, wie es bei Richtigkeit der Angaben sein würde (JW. 1908, 385; RGSt. 35, 235; 38, 372; 39, 171; Rosenthal Note 71a zu § 3 UnlWG. u. a.). Schon der Anschein genüge. Die Wettbewerber, deren Schutz das UnlWG. in erster Linie bezwecke, würden durch die unrichtige Reklame bereits dann betroffen, wenn bei dem Publikum der Glaube an eine in Wahrheit nicht vorhandene Wahrscheinlichkeit günstigen Angebots wachgerufen werde. Das Publikum denke bei der Bezeichnung „Steueranwalt" nicht an eine Person, die vermöge ihrer besonderen persönlichen Eigenschaften der Tüchtigkeit und Gewissenhaftigkeit besonders zur Vertretung geeignet sei, sondern es verbinde mit dieser Bezeichnung die Vorstellung, daß es mit einer Person zu tun habe, die infolge der behördlichen Prüfung und Überwachung auch die Gewähr dafür biete, daß sie die erforderlichen Kenntnisse und moralischen Eigenschaften besitze. Ein Angebot, das sich den falschen Anschein einer solchen Gewähr gebe, auf die das Publikum das größte Gewicht lege, erscheine deshalb auch dann günstiger, als es ihm zukomme, wenn die vom Publikum begehrten Eigenschaften zufälligerweise wirklich vorhanden seien. Auch diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Das BG. stellt schließlich den Charakter der Ankündigungen des Bekl. in den Zeitungen, im Wohnungsanzeiger und im Fernsprechteilnehmer-Verzeichnis als öffentliche Bekanntmachungen im Sinne des § 3 UnlWG. fest, sieht dagegen bezüglich der Ausdrucke der beanstandeten Bezeichnung auf den Briefbogen, weil diese immer nur in Schreiben an eine einzelne Person verwendet worden, die Unterlassungsklage aus § 1 UnlWG. als gerechtfertigt an. Es ist der Ansicht, daß der Bekl., wenn er sich auch nur im Verkehr mit einzelnen Personen eine Bezeichnung beilegte, die ihm in den Augen des Briefempfängers den falschen Anschein einer behördlich zugelassenen, geprüften und überwachten Vertrauensperson gab oder geben konnte, hiermit ohne weiteres gegen die guten Sitten verstoßen habe. Die Begründung, mit der das BG. in diesem Falle — Verwendung der mit der beanstandeten Bezeichnung versehenen Briefbogen — die Anwendung des § 3 UnlWG. ablehnt und einen Verstoß gegen die guten Sitten, begangen zum Zwecke des Wettbewerbs, und daher die Unterlassungsklage aus § 1 UnlWG. als gegeben ansieht, ist rechtlich zu beanstanden. Auch bei der Verwendung von Briefbogen mit dem fraglichen Ausdruck handelt es sich um „Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind" (§ 3 a. a. O.). Denn es kommt für diesen Begriff nicht darauf an, daß der einzelne Briefbogen nicht für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist, vielmehr genügt es, daß die Briefbogen in größeren Mengen hergestellt und alsdann in Verkehr gebracht werden. Die Verbreitung erfolgt ähnlich wie bei selbständigen Ankündigungen, Preislisten, Prospekten, die im Einzelstück auch nur an eine bestimmte Person zu gelangen brauchen, gleichwohl aber nicht als Mitteilung lediglich von Person zu Person anzusehen sind (RGSt. 40, 129; 45, 361; Rosenthal, UnlWG. 4. Aufl. Nr. 19a zu § 3). Die Annahme des BG., daß hier ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, läßt die erforderliche Begründung vermissen. Der Unterlassungsanspruch ist daher auch hinsichtlich der Verwendung von Briefbogen mit dem Ausdruck „Steueranwalt" aus § 3 UnlWG. gegeben. Das BG. erwägt schließlich noch zutreffend, daß die Klagebefugnis des klagenden Vereins nicht davon abhängig ist, ob seine Mitglieder von dem Wettbewerbe betroffen werden (§ 13 UnlWG.; RGSt. 45, 355; Rosenthal a. a. O. Note 19 und 20 zu § 13 UnlWG.), entscheidend sei nur, daß der Verband die Förderung gewerblicher (wirtschaftlicher) Interessen bezwecke und Rechtspersönlichkeit besitze. Die Ausführungen der Revision liegen neben der Sache. Das BG. hat gerade festgestellt, daß die Anwendung der Bezeichnung „Steueranwalt" den Bekl. in den Augen des Publikums nicht als Rechtsanwalt erscheinen lasse. Der Satz der Revision, durch das Wort „Steueranwalt" werde in die gesetzliche Funktion des Rechtsanwalts nicht eingegriffen, entspricht der Ansicht des BG., schließt aber nicht aus, daß auch Rechtsanwälten, soweit sie sich mit Steuersachen befassen, durch jene Bezeichnung unlauterer Wettbewerb gemacht wird. Denn ihre wirtschaftlichen Interessen werden dadurch berührt, daß sich jemand unberechtigterweise als eine Persönlichkeit bezeichnet, die infolge ihrer amtlichen Zulassung und Beaufsichtigung diejenige Gewähr bietet, wie sie den Rechtsanwälten zugeschrieben wird. Sollte aber die Ausführung der Revision, daß das Wort „Anwalt" weder in die deutsche Gesetzes- noch Volkssprache übergegangen sei, sondern — abgesehen von gewissen Zusammensetzungen dieses Wortes z. B. Patentanwalt, Volksanwalt — nur das Wort „Rechtsanwalt", sich gegen die Anwendung des § 3 UnlWG. auf die Bezeichnung „Steueranwalt" richten, so ist sie gegenüber den zutreffenden Darlegungen des BG. über die hier gegebenen Voraussetzungen der unrichtigen Reklame, ebenfalls unbeachtlich. Die Revision, die allgemein Verletzung des materiellen Rechts, insbesondere des § 3 ff. UnlWG. rügt, ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

(H. w. Berliner Anwaltsverein, E. V. in B., U. v. 11. Nov. 1921; 562/21 II. — Berlin.) [B.]

14. Ist bei einer Einbruchsdiebstahlsversicherung der nach dem Vertrage vom Versicherten zur Bewachung angestellte Wächter ein Erfüllungsgehilfe des Versicherten oder ein Dritter i. S. der AllgVersBed.?] †)

Aus den Gründen: Gemäß § 8 der AllgVersBed. darf der Versicherungsnehmer, falls er bestimmte Obliegenheiten zum Zwecke der Verminderung der Gefahr oder der Verhütung einer Gefahrerhöhung übernimmt (Sicherheitsvorschriften), diese Obliegenheiten weder selbst verletzen, noch deren Verletzung durch einen Dritten gestatten oder dulden. Als Rechtsfolge einer Verletzung räumt Abs. 2 dem Versicherer das Kündigungsrecht ein und bestimmt weiter, daß der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei sein soll, wenn der Versicherungsfall nach der Verletzung eintritt und die Verletzung auf Vorsatz oder auf grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers beruht. Die Obliegenheit, die Versicherungsräume nachts durch einen Wächter bewachen zu lassen, ist eine solche Sicherheitsvorschrift im Sinne des § 8. Der BR. hat die Behauptung der Bekl. als richtig unterstellt, daß der von der Kl. angestellte Wächter in der Diebstahlsnacht nicht auf seinem Posten war, verneint aber ebensowohl eigenes grobes Verschulden der Kl., als auch ihre Haftbarkeit für die schuldhafte Pflichtwidrigkeit des Wächters aus § 278 BGB. Die nach beiden Richtungen von der Revision erhobenen Angriffe können nicht als begründet erachtet werden. Was zunächst die Frage angeht, ob der Wächter ein „Dritter" oder aber Erfüllungsgehilfe der Kl. i. S. des § 278 BGB. gewesen ist, so kann für den hier zu entscheidenden Fall dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift, die Räume durch einen Wächter nachts bewachen zu lassen, die Natur einer Schuldverbindlichkeit oder einer Bedingung oder Voraussetzung des Anspruchs auf Leistung der Versicherungssumme hat; denn es steht außer jedem Zweifel, daß die Kl. nicht selbst die Räume zu bewachen hatte, sondern, daß sie der in die besonderen Versicherungsbedingungen aufgenommenen Sicherheitsvorschrift genügte, wenn sie eine vertrauenswürdige Person mit der Bewachung betraute und deren Tätigkeit beaufsichtigte. Der Wächter hatte also nicht eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers, die diesem selbst gegenüber dem Versicherer obgelegen hätte, zu erfüllen, sondern eine eigene Verpflichtung, die er dem Versicherungsnehmer gegenüber übernommen hatte. Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB. sind aber nur die Personen, deren der Schuldner sich zur Erfüllung

---

Zu 14. Dem Urteil ist beizutreten. Daß der Wächter nicht Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB. ist, ergibt sich auch daraus, daß die Bewachung in andern Fällen durch einen Wachhund (vgl. JW. 1921, 341[13]) erfolgen darf und der Versicherte eine Verpflichtung zu einer solchen Bewachung ebenso übernehmen kann, wie die, die Versicherungsräume durch einen Wächter bewachen zu lassen. In beiden Fällen fehlt die unmittelbare Beziehung der Bewachung zum Versicherer.

OberstLGR. Dr. Silberschmidt, München.

seiner Verbindlichkeiten bedient (RG. 72, 219[1]); 74, 166[2])). Der Wächter war also nicht Erfüllungsgehilfe der Kl., sondern ein Dritter. Die Kl. hat demnach nicht gemäß § 278 BGB. für ein Verschulden des Wächters einzustehen. Sie genügte vielmehr der Bewachungsvorschrift, wenn sie bei der Auswahl des Wächters die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hatte, was nicht bestritten ist, und gemäß § 8 der AllgVersBed. nicht gestattete oder duldete, daß die Sicherheitsvorschrift durch den Wächter, als Dritten, verletzt wurde. Es lag ihr also die weitere Pflicht ob, die Tätigkeit des Wächters in geeigneter Weise zu beaufsichtigen. Nur wenn sie vorsätzlich oder grobfahrlässig dieser Pflicht zuwidergehandelt hätte, würde die Bekl. von der Leistung befreit sein.

(D. L. w. O., U. v. 31. Mai 1921; 496/20 VII. — Berlin.) [Sch.]

---

b) Strafsachen.

Berichtet i. V. von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig.

***1.** [StGB. § 266 Abs. 1 Nr. 2. Zum Begriff des Bevollmächtigten.] †) a) Die Darlegungen der Revisionsbegründung verkennen den Begriff des „Bevollmächtigten" i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB., der nicht ein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder nach sonstigen Rechtsvorschriften gültig zustandegekommenes Vollmachtsverhältnis voraussetzt, sondern schon dann gegeben ist, wenn der Auftraggeber „den Bevollmächtigten" im Einverständnis mit ihm tatsächlich in die Lage versetzt, über ein Vermögensstück des Auftraggebers rechtsgeschäftlich zu verfügen, also auch dann, wenn das der Vertretungsmacht des Täters zugrunde liegende Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) nichtig ist (RGSt. 41, 265, 266; III 99/11 v. 6. März 1911 gegen B.). Ob der Landrat selbst befugt war, nach den Vorschriften der einschlagenden Kreisordnung den Kreis ohne besonderen Beschluß des Kreisausschusses nach außen rechtsgeschäftlich zu vertreten, ob er weiter berechtigt war, dem Angekl. eine dahingehende Vollmacht wirksam zu erteilen, darauf kam es für die Anwendung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. gegen den Angekl. nicht an. Entscheidend war, daß die Kreisverwaltung nach der ersichtlichen tatsächlichen Annahme des LG. den Angekl. im Einverständnis mit ihm in die Lage versetzt hatte, rechtsgeschäftlich über die Bestände der Kreisfuttermittelstelle zu verfügen.

(U. v. 25. April 1921, III 1796/20.)

b) Die im Schrifttum vorherrschende Ansicht sieht allerdings den Beamten, weil seine Rechtsstellung auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis beruht und aus diesem unmittelbar seine Befugnisse sich herleiten, nicht als Bevollmächtigten i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. an. Die Rechtsprechung des RG. ist jedoch dieser Auffassung nicht gefolgt. Indem es davon ausgeht, daß unter einem „Bevollmächtigten" derjenige zu verstehen sei, welchem die Vornahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person übertragen, eine Verfügungsgewalt namens derselben eingeräumt worden sei (RGSt. 3, 283, 285; 7, 377; 26, 230), hält das RG. ein solches Verhältnis auch dann nicht für ausgeschlossen, wenn die Verfügungsgewalt im öffentlichen Recht beruht und kraft Gesetzes ausgeübt wird, sofern sie nur die Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung in bezug auf fremdes Vermögen in sich schließt (vgl. RGSt. 39, 283, 285), insbesondere auch dann nicht, wenn die Ausführung solcher Geschäfte zu den Befugnissen und Pflichten eines übertragenen Amtes gehört (RGSt. 15, 41). In einer solchen Rechtsstellung eines Bevollmächtigten befindet sich aber der Gerichtsvollzieher jedenfalls dann, wenn er nicht Zwangsvollstreckungshandlungen, sondern eine freiwillige Versteigerung vornimmt, mag dies auch im amtlichen Auftrage geschehen; denn es ist ihm durch den besonderen Auftrag eine Verfügungsmacht über Vermögensstücke, die Befugnis, durch den Zuschlag das Eigentum zu übertragen, eingeräumt worden.

(U. v. 28. Mai 1921, III 389/21.)

---

[1]) JW. 1910, 63.
[2]) JW. 1910, 934.

Zu 1. Daß der Begriff des Bevollmächtigten in § 266 StGB. nicht in dem strengen Sinne zu verstehen ist, den das Zivilrecht damit verbindet, ist in Literatur und Judikatur übereinstimmend anerkannt. Freilich sind gerade die beiden Urteile, auf welche sich das RG. in seinen hier oben abgedruckten Entscheidungen ausdrücklich beruft, nämlich RG. 41 Nr. 71, das jenen Begriff auch dort für anwendbar erklärt, wo die Erteilung der Vollmacht gegen die guten Sitten verstößt, und RG. 15 Nr. 12, das ihn auf Beamte überträgt, deren Vertretungsmacht auf Gesetz und Anstellung beruht, auf entschiedene Ablehnung gestoßen (vgl. auch den Komm. der RGR. zu § 266 Nr. 2). Der erhobene Widerspruch aber läßt sich ebensowenig als begründet darlegen, wie die Aufstellung. Denn mit der Preisgabe des technisch abgegrenzten Begriffs sind seine Grenzen notwendig fließend geworden. Das Problem gewinnt deshalb an Interesse, wenn man es verallgemeinert und in eine gesetzespolitische Form kleidet. Sollte es der Gesetzgeber nicht vermeiden, feststehende Begriffe des Zivilrechts zum Ausbau strafgesetzlicher Tatbestände zu verwerten, wenn er sie nicht in der ihnen dort zukommenden Bedeutung verwertet wissen will? Daß er zu dieser Selbstbescheidung einstweilen noch wenig Neigung verspürt, beweist ein Satz aus der Begründung zu § 377 des Entwurfes von 1919, welch letzterer die unleidliche Kasuistik des heutigen Untreuetatbestandes durch eine klare und bündige Begriffsbestimmung ersetzt: „Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft." Aber auch hier soll das Wort „verfügen" nicht in dem Sinne des BGB. zu verstehen sein. Die Bedenken gegen solche schwankende Terminologie liegen auf der Hand. Aber vermeidbar dürfte sie schon deshalb nicht sein, weil die technische Gesetzessprache ja doch regelmäßig nicht ihre eigenen Worte prägt, sondern Ausdrücke der Umgangssprache in einer ihren besonderen Zwecken entsprechenden Weise verwendet. Gehen nun die Zwecke der verschiedenen Gesetze auseinander, so wechselt damit gleichzeitig die Bedeutung des gleichen Ausdrucks. Das wird ganz deutlich und ist unbestritten bei allen familienrechtlichen Beziehungen. Unehelich i. S. des § 217 StGB. ist das Kind, welches nicht vom Ehemann der Mutter erzeugt ist, ohne alle Rücksicht auf die zivilrechtlichen Vermutungen; in § 173 sind unter „Verwandten" die natürlichen Blutsgenossen gemeint. Ja, die Differenzierung geht so weit, daß nach überwiegender Ansicht der Begriff der Ehe in § 172 ein anderer ist, als in § 171. Mit diesen Schwierigkeiten gilt es sich abzufinden.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Heidelberg.

2. [Keine Nachprüfung des Teilnahmeverdachts (§ 56[3] StPO.) in der Revisionsinstanz.] †) Nach § 56 Nr. 3 StPO. wäre der Zeuge uneidlich zu vernehmen gewesen, wenn er der Teilnahme an der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat verdächtig gewesen sein würde. Ob aber ein solcher Verdacht bestand, unterlag allein der Entscheidung des Tatrichters; eine Nachprüfung in tatsächlicher Richtung durch das Revisionsgericht findet nicht statt (Urt. des erk. Sen. v. 27. Nov. 1919 3 D 1062/19; v. 10. Juni 1920 3 D 471/20; v. 23. Sept. 1920 3 D 614/20 u. a. m.). Dafür, daß die Verneinung des Teilnahmeverdachts durch Rechtsirrtum beeinflußt worden wäre, fehlt es an jedem Anhalt.

(U. v. 17. Okt. 1921. — 3 D 670/21.) [D.]

Zu 2. Die Richtigkeit des Urteils unterliegt keinen Bedenken. Die Vereidigung des Zeugen bildet die gesetzliche Regel. Nur wenn die Beeidigung unterbleibt, also gegen die gesetzliche Regel verfahren wird (§ 60 StPO., RG. 8, 408), muß das Protokoll oder das Urteil den Grund für die Nichtbeeidigung ergeben. Ob jemand der Teilnahme an einer strafbaren Handlung verdächtig ist, ist eine rein tatsächliche Frage, wenn nicht etwa die festgestellten Tatsachen bereits den Tatbestand der Teilnahme zweifelsfrei ergeben. In solchem Falle beruht die gleichwohl erfolgte Beeidigung entweder auf Verkennung materiellen Rechts, indem rechtsirrtümlich das Gericht die festgestellte Tat nicht als Teilnahme im Rechtssinn erachtet hat oder auf Verletzung des § 56 Nr. 3 StPO., indem das Gericht den Zeugen trotz der vom Gericht für erwiesen erachteten Teilnahme an der Tat beeidigt hat. Nur im umgekehrten Falle, wenn nämlich der Zeuge wegen Verdachts der Teilnahme unbeeidigt bleibt, muß die Nichtbeeidigung begründet werden und die Begründung muß erkennen lassen, daß eine derjenigen tatsächlichen Voraussetzungen vorliegt, unter denen gemäß § 56 Nr. 3 StPO. die Beeidigung nicht stattfinden darf. Der allgemeine Hinweis auf § 56 Nr. 3 StPO. reicht in diesem Falle nicht aus (RGSt. 4, 324). Auch die alternative Feststellung, daß die Beeidigung unterblieben sei, weil der Zeuge als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler in Frage komme, kann, obgleich sie im allgemeinen zulässig ist, im Einzelfalle, nämlich dann zur Aufhebung des Urteils führen, wenn auch nur eine der drei Alternativen rechtlich nicht in Frage kommen kann (vgl. Rechtspr. des RG. 9, 76 und 10, 36).

JR. Dr. Siegfried Löwenstein, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

1. Einlegung der Beschwerde „zum Protokoll des Gerichtsschreibers“ (FGG. § 21 Abs. 2). Anwendbarkeit des § 176 BGB. auf den Mitvormund (BGB. §§ 1775, 1776, 1778 Abs. 4).†)

„Zum Protokolle des Gerichtsschreibers“ (FGG. § 21 Abs. 2) ist eine Beschwerde auch dann eingelegt, wenn sie in Gegenwart des Amtsrichters vom Gerichtsschreiber zu Protokoll genommen worden ist (so mit Recht OLG. Rostock in OLGRspr. 14, 150; s. auch Josef im ZBlFG. 11, 610 ff.; a. A. ohne überzeugende Begründung Schlegelberger, Komm. z. FGG. Bem. 3 zu § 21; die Entsch. RJA. 1, 41 betrifft den Fall, daß das Protokoll vom Richter allein aufgenommen worden ist; so auch BayObLG. 5, 510; 9, 412; 12, 636).

Das BGB. unterscheidet Mitvormünder und Gegenvormünder. Nach § 1775 können aus besonderen Gründen mehrere Vormünder (Mitvormünder) bestellt werden; nach § 1792 Abs. 1 kann neben dem Vormund ein Gegenvormund bestellt werden; dies soll nach § 1792 Abs. 2 geschehen, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, es sei denn, daß die Verwaltung nicht erheblich oder daß die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich zu führen ist. Während die Berufung und Bestellung des Gegenvormundes, seine Rechte und Pflichten, seine Verantwortlichkeit, sein Anspruch auf Vergütung und die Beendigung seines Amtes eingehend geregelt sind (§§ 1792 Abs. 4 1799, 1833 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, 1836, 1895) beschränkt sich das Gesetz hinsichtlich der Mitvormundschaft auf Vorschriften über die Führung der Vormundschaft beim Vorhandensein mehrerer Mitvormünder (§ 1797) und auf die Bestimmung, daß neben dem Berufenen nur mit dessen Zustimmung ein Mitvormund bestellt werden kann (§ 1778 Abs. 4) und daß die Übernahme der Vormundschaft ablehnen kann, wer mit einem anderen zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft bestellt werden soll (§ 1786 Abs. 1 Nr. 7). In allen übrigen Beziehungen gelten für den Mitvormund, der ja nichts anderes ist als einer von mehreren Vormündern, die für den Vormund geltenden Vorschriften, also auch § 1776 (vgl. M. Lion, Die Mitvormundschaft, Berlin 1905 S. 32). Eine Bestimmung, wie sie § 1792 Abs. 4 für den Gegenvormund trifft, war daher hinsichtlich des Mitvormundes nicht erforderlich und aus dem Schweigen des Gesetzes folgt keineswegs, daß § 1776 auf den Mitvormund unanwendbar sei.

Ob mehrere Vormünder (Mitvormünder) zu bestellen sind, weil „besondere Gründe“ hierfür vorliegen, entscheidet das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen, und zwar, wie die herrschende Lehre mit Recht annimmt, auch dann, wenn die nach § 1776 Abs. 1 Nr. 1, 2 zur Benennung des Vormundes berechtigten Personen mehrere Vormünder benannt haben (Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. Bem. 3 zu § 1775; Staudinger, Komm. z. BGB. 7./8. Aufl. Bem. 1, a Abs. 2 zu § 1775; Komm. v. ReichsgR. 3. Aufl. Bem. 1 zu § 1775; Crome, System § 625 Anm. 35). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 1778 Abs. 4: Um zu verhüten, daß das Recht des zur Vormundschaft Berufenen durch die Bestellung eines Mitvormundes verkümmert werde (M. IV, 1060), schreibt das Gesetz vor, daß neben einem nach § 1776 zur Vormundschaft Berufenen nur mit dessen Zustimmung ein Mitvormund bestellt werden darf. Der Berufene kann also durch die Verweigerung seiner Zustimmung die Bestellung eines Mitvormundes unmöglich machen. Dieses Recht beschränkt sich aber darauf, die Bestellung eines Mitvormundes überhaupt zu hindern; die Befugnis, die Person des Mitvormundes zu bestimmen oder eine nach dem Gesetz zum Amte des Mitvormundes berufene Person auszuschließen, hat das Gesetz dem Berufenen weder ausdrücklich noch stillschweigend eingeräumt. Eine solche Befugnis würde auch dem das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs beherrschenden Grundsatze widerstreiten, daß nur dem Vater und der ehelichen Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt das Recht zusteht, durch letztwillige Verfügung den Vormund zu benennen und gewisse Personen von der Vormundschaft auszuschließen (§§ 1776 Abs. 1 Nr. 1, 2, 1782; vgl. M. IV, 1049 Ziff. 2, 1069 Abs. 3), während im übrigen, von den Berufungs-, Unfähigkeits- und Untauglichkeitsgründen (§§ 1776, 1780—1784) abgesehen, ausschließlich das Ermessen des Vormundschaftsgerichts darüber entscheidet, wer als Vormund zu bestellen ist (§ 1779).

Freilich kann der Berufene durch die Erklärung, der Bestellung eines Mitvormundes nur zuzustimmen, wenn eine von ihm bezeichnete Person als Mitvormund bestellt wird, die Bestellung eines nach § 1776 zur Mitvormundschaft Berufenen verhindern; ein Recht des zur Mitvormundschaft Berufenen wird damit nicht verletzt, da dessen Anspruch sich darauf beschränkt, als Mitvormund bestellt zu werden, falls es zur Bestellung eines solchen kommt. Allein diese Verhinderungsmöglichkeit kann nicht dazu führen, dem Berufenen freies Wahlrecht hinsichtlich der Person des Mitvormundes zuzusprechen.

Übrigens wird, wenn die Bestellung eines Mitvormundes im Interesse des Mündels dringend geboten ist, die Verweigerung der nach 1778 Abs. 4 erforderlichen Zustimmung unter Umständen als eine das Interesse des Mündels gefährdende Pflichtwidrigkeit des Berufenen erscheinen, die das Vormundschaftsgericht berechtigt, von seiner Bestellung Umgang zu nehmen (§ 1778 Abs. 1) oder ihn, wenn er bereits als Vormund bestellt ist, zu entlassen (§ 1886).

Stimmt der Berufene der Bestellung eines Mitvormundes zu, so wird das Recht des gemäß § 1776 an späterer Stelle Berufenen wirksam; denn die Reihenfolge, in welcher die im § 1776 erwähnten Personen berufen sind, ist eine successio graduum (M. IV, 1053) und das Hindernis, das der Bestellung des an späterer Stelle Berufenen entgegensteht, ist nicht nur dann in Wegfall gekommen, wenn ein vor ihm Berufener nicht vorhanden ist oder

---

Zu 1. Der Gerichtsschreiber hatte die Beschwerde „in Gegenwart des Amtsrichters“ zu Protokoll genommen. Gemeint kann hiermit nur sein, daß (wie in dem vom ObLG. angezogenen Beschluß des OLG. Rostock) im Termine vor dem Vormundschaftsrichter dem Beschwerdeführer die Entscheidung bekannt gemacht war und daß der Gerichtsschreiber in demselben Protokoll, das er über die Verhandlung des Vormundschaftsgerichts führte, auch die Beschwerde beurkundet hatte, derart, daß dieses Protokoll vom Richter wie vom Gerichtsschreiber unterzeichnet war. — Dem ist beizutreten. Denn erforderlich ist nach § 21 Abs. 2 nur „Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers“, wobei der Gerichtsschreiber als selbständige Amtsstelle obwalten soll, während er in der „Sitzung“ nur als Hilfsperson des Richters zugezogen ist. Aber letztere Erwägung kann nicht ausschlaggebend sein: denn wenn der Amtsrichter es gestattet, daß der Gerichtsschreiber in der Sitzung die Beschwerdeerklärung entgegennimmt, dann gestattet er eben dem Gerichtsschreiber hier eine Tätigkeit auszuüben, die dem Gerichtsschreiber als selbständigen Beamten obliegt; der Amtsrichter unterbricht die ihm obliegende richterliche Tätigkeit oder er setzt sie fort ohne Mitwirkung des Gerichtsschreibers zu dem Zweck, damit dieser eine Tätigkeit ausübe, die ihm als selbständiger Amtsstelle obliegt. — Gegen diese Ansicht wendet sich Schlegelberger, Anm. 3 zu § 21, der ausführt: ein solches Protokoll müsse klar erkennen lassen, inwieweit es die Verhandlung vor dem Gericht und inwieweit es die Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers beurkundet. Diesen Anforderungen werde durch ein vom Richter und vom Gerichtsschreiber unterschriebenes Protokoll nur dann genügt, wenn der Text des Protokolls die Zäsur deutlich wiedergebe. — Das erscheint nicht richtig. Für den Zivilprozeß hat das RG. (Gruch. 38, 175; JW. 93, 158) allerdings entgegengesetzt entschieden, daß eine Beschwerde, die nach § 569 (früher 532) ZPO. zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, nicht zum Sitzungsprotokoll des LG. erhoben werden dürfe, mit der Begründung: ein Sitzungsprotokoll sei etwas ganz anderes als ein vom Gerichtsschreiber über eine einzelne Erklärung aufgenommenes besonderes Protokoll. Das mag richtig sein für den Zivilprozeß, wo das Protokoll ein notwendiger Bestandteil des Verfahrens mit ganz bestimmten Wirkungen ist (§§ 159—165 ZPO.). Für die freiwillige Gerichtsbarkeit trifft dieser Gesichtspunkt aber nicht zu; das FGG. hat keine Vorschriften darüber, daß der Richter die Ergebnisse der „Verhandlung“, überhaupt des Termins durch Protokoll feststellen und daß er überhaupt einen Gerichtsschreiber zuziehen müsse. Eine strenge Scheidung zwischen Protokoll über die Ergebnisse eines richterlichen Termins und über selbständige Handlungen des Gerichtsschreibers ist daher nicht geboten. Durch die Mitunterschrift des Richters unter das vom Gerichtsschreiber unterzeichnete Protokoll wird natürlich die Rechtsgültigkeit der, wie dargelegt, selbständigen Handlung des Gerichtsschreibers nicht berührt.

2. Nach dem im ZblFG. 22, 68 mitgeteilten Sachverhalt war der Großvater väterlicherseits als der nach § 1776 Abs. 1 Nr. 3 zunächst Berufene als Vormund bestellt und es war ihm auf seine Anregung sein Sohn als Mitvormund bestellt. Hiergegen legte der Großvater mütterlicherseits Beschwerde ein, mit der er u. a. geltend machte, er sei an zweiter Stelle zum Vormund berufen (Nr. 4 eb.) und er hätte daher als Mitvormund bestellt werden müssen. Dies mit Recht: denn der Mitvormund ist nichts anderes als einer von mehreren Vormündern; folglich gelten für ihn die für den Vormund gegebenen Vorschriften, insbesondere auch die Vorschriften über Berufung zu der Vormundschaft aus § 1776. Nachdem der Großvater väterlicherseits zum Vormund bestellt war und die Berufung eines Mitvormundes erforderlich wurde, war als solcher der Beschwerdeführer zu bestellen. — Eine andere, in dem Beschluß nicht berührte Frage aber ist folgende: Der Beschwerdeführer hatte zugleich die Entlassung des als Vormund bestellten väterlichen Großvaters beantragt, weil dessen Bestellung das Interesse des Mündels gefährde. Das deutet hin auf ein zwischen den beiden Großvätern bestehendes feindseliges Verhältnis, so daß ein Nebeneinanderwirken beider als Mitvormünder schwerlich gedeihlich war und die Bestellung des Beschwerdeführers wohl das Mündelinteresse gefährdete (§ 1778 Abs. 1 a. E.). Aus diesem Grunde hätte doch wohl der Beschwerde des Übergangenen der Erfolg versagt werden müssen.

RA. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

nach § 1778 Abs. 1 übergangen werden darf, sondern auch dann, wenn der vor ihm Berufene bereits als Vormund bestellt ist.

Dem Umstand, daß bei Anwendung des § 1776 auf den Mitvormund Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitvormündern entstehen könnten, wodurch die Führung der Vormundschaft wesentlich erschwert werde, kommt schon deshalb keine Bedeutung zu, weil das gleiche bei jeder Mitvormundschaft eintreten kann. Für die Entscheidung derartiger Meinungsverschiedenheiten hat § 1797 Abs. 1 Satz 2 Vorsorge getroffen und die durch § 1797 Abs. 2 dem Vormundschaftsgericht eingeräumte Befugnis, die Führung der Vormundschaft unter mehrere Vormünder nach bestimmten Wirkungskreisen zu verteilen, gewährt die Möglichkeit, solche Streitigkeiten auf die Fälle zu beschränken, in welchen eine den Wirkungskreis mehrerer Mitvormünder berührende Angelegenheit in Frage steht.

(Beschl. v. 7. Febr. 1921, Reg. III Nr. 13/21.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Augsburg.

1. Beweisgebühr bei formloser Erholung von Gerichtsakten nach § 13 Nr. 4 RGO.†)

Kl. W. verlangte vom Bekl. T. Zahlung eines Schadensersatzes, weil dieser einen mit ihm abgeschlossenen Pachtvertrag über eine Alpe nicht gehalten, sondern diese an einen Dritten weiterverpachtet hatte.

Bekl. bestritt, daß überhaupt ein gültiger Pachtvertrag zustande gekommen sei, machte im übrigen geltend, daß Kl. z. Z. des angeblichen Vertragsabschlusses wegen Trunksucht entmündigt gewesen sei; diese Tatsache habe er damals nicht gekannt, sondern erst im Laufe des Prozesses erfahren; Kl. habe es ihm bei den Verhandlungen über den Pachtvertrag arglistig verschwiegen; es werde deshalb auch aus diesem Grunde der angeblich abgeschlossene Pachtvertrag widerrufen und wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten.

Mit Urteil v. 18. Nov. 1920 erkannte das LG. K. auf Eidesleistung durch den Bekl., wobei es dessen Einwendungen über den Widerruf und die Anfechtbarkeit des Vertrages nicht für begründet erachtete; Beweiserhebung fand nicht statt.

Der Bekl. legte gegen dieses Urteil Berufung zum OLG. Augsburg ein und beantragte sein Vertreter daraufhin nach Zustellung der Berufungsbegründung in einem gesonderten Schriftsatze die Erholung der auf die Entmündigung des Kl. sich beziehenden Gerichtsakten, worauf der Gerichtsschreiber ohne Gerichtsbeschluß und, ohne daß aus den Akten ersichtlich ist, ob er im Auftrage des Vorsitzenden oder des Berichterstatters gehandelt hat, die erwähnten Akten erholte.

Von dem Inhalte dieser Akten wurde seitens des Vertreters des Bekl. bei der Verhandlung Gebrauch gemacht.

Infolgedessen beanspruchte der Bekl. in seinem Kostenfestsetzungsantrage eine Beweisgebühr und Erhöhung der Verhandlungsgebühr nebst Pauschsätzen und Umsatzsteuer für den zweitinstanziellen Vertreter.

Der Gerichtsschreiber des LG. K. strich diese Ansätze mit der Begründung, daß eine Beweisanordnung und ein Beweisverfahren nicht stattgefunden habe; die Tatsache, daß durch den Gerichtsschreiber des OLG. Akten erholt und deren Inhalt teilweise in der Sitzung vorgelesen worden sei, könne die verlangte Beweisgebühr nicht begründen.

Die hiergegen erhobenen Erinnerungen wurden vom LG. K. mit der Begründung zurückgewiesen, daß in der Berufungsinstanz keine Beweisaufnahme stattgefunden habe; der Umstand, daß Akten, auf die sich das schriftliche Beweisanerbieten des Bekl. bezog, bei der Verhandlung vorgelegen und ihr Inhalt teilweise vorgelesen worden sei, beweise gar nichts; wenn eine Tatsache strittig gewesen wäre und durch die fraglichen Akten hätte bewiesen werden sollen, so würde die Beiziehung der Akten förmlich angeordnet worden sein; der ganzen Sachlage nach sei zu schließen, daß der fragliche Akteninhalt nur zur Information diente und auch nur zu diesem Zwecke bekanntgegeben worden sei.

Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen: Die auf Antrag des Bekl. von der oberlandesgerichtlichen Gerichtsschreiberei von kurzer Hand erholten Akten wurden nicht nur in der Hauptverhandlung teilweise verlesen, sondern ihr Inhalt wurde auch vom Gerichte in der Urteilsbegründung gewürdigt; es hat sonach eine wirkliche Beweisaufnahme stattgefunden; daß es an einem förmlichen Beweisbeschlusse fehlt, ist ohne Bedeutung. (Walter-Joachim-Friedländer: RAGebO., 6. Aufl. S. 211.)

Die liquidierte Beweisgebühr und die sich daran anschließende Erhöhung der Verhandlungsgebühr geht deshalb nebst den betreffenden Pauschgebühren in Ordnung, wozu noch die vom Bekl. ebenfalls richtig berechnete Umsatzsteuer kommt.

(OLG. Augsburg, 1. ZS., Beschl. v. 15. Nov. 1921, BeschwReg. Nr. 177/1921.)

*

Berlin.

2. Keine Aufhebung von Unterhaltsabfindungsverträgen wegen der eingetretenen Geldentwertung. †)

Der 1907 geborene Kl. hat den Bekl. als seinen unehelichen Vater in Anspruch genommen. Im Jahre 1915 haben die Parteien einen Abfindungsvertrag geschlossen, durch den sämtliche Ansprüche zwischen ihnen erledigt sein sollen. Kl. verlangt jetzt klagend eine Zusatzrente in Hinblick auf die verteuerte Lebenshaltung. Das AG. hat die Klage abgewiesen. Der Kl. hat die Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz beantragt. Durch den angefochtenen Beschluß ist sein Gesuch abgewiesen.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Kl. ist nicht begründet.

Das LG. hat seine Abweisung auch darauf gestützt, daß der Gesetzgeber im § 1714 Abs. 2 BGB. bei unehelichen Kindern (anders als im § 1614 Abs. 1 bei ehelichen) die Kapitalabfindung ausdrücklich zulasse, und zwar offenbar deshalb, um bei den meist fehlenden persönlichen Beziehungen zwischen unehelichem Kind und Erzeuger die Unterhaltsfrage endgültig zu erledigen und im Interesse beider Parteien spätere Klagen auf Unterhalt entbehrlich zu machen und abzuschneiden, daß die Zulassung der Abänderungsklage bei einem Abfindungsvergleiche mithin der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde.

Dieser Abweisungsgrund entspricht der Rechtsauffassung, die der Senat in dem Beschlusse v. 4. Juni 1921 (8 W 1983/21; JW. 1921, 1086 ff.) entwickelt hat. An ihr ist auch unter Berücksichtigung der inzwischen bekanntgewordenen einschlägigen Entscheidungen und der gegen den Beschluß in den Anmerkungen zu

---

Zu 1. Die Frage, wann dem RA. bei Erholung von Akten die Beweisgebühr und Erhöhung der Verhandlungsgebühr zusteht, ist eigentlich durch Schrifttum und Rechtsprechung seit längerer Zeit so klar gestellt, daß man meinen sollte, es könnten hiewegen keine Weiterungen mehr verursacht werden.

Wie obiger Fall zeigt, entstehen noch immer über diese Frage Meinungsverschiedenheiten.

Das OLG. Breslau hat gleichfalls in neuerer Zeit mit Beschlüssen v. 15. Okt. 1920 und 15. März 1921 (Breslau AK. 1920, 41 und 1921, 39) die erwähnten Gebühren als berechtigt erklärt.

Im ersteren Falle waren vom Prozeßgerichte die Akten ohne Angabe des Zweckes beigezogen worden; weder das Protokoll über die nächste Verhandlung noch der Tatbestand des ergangenen Urteiles ließen entnehmen, ob die Akten vorgelegen hatten; lediglich aus den Gründen des Urteiles ergab sich, daß das Prozeßgericht ein Gutachten aus einem Vorprozesse, dessen Akten beizuziehen beschlossen war, verwertet hatte.

Im zweiten Falle hat das Gericht beschlossen, „im Wege der Prozeßleitung“ Akten einzufordern.

Das Beschwerdegericht stellte fest, daß die Absicht des Gerichtes in der mitgeteilten Fassung des Beschlusses keinen sachgemäßen Ausdruck gefunden habe; denn in Wirklichkeit sollten die Akten eingefordert werden, um aus ihnen Feststellungen über die streitige Höhe des klägerischen Anspruches zu treffen; deshalb sei in Wirklichkeit ein Beweisaufnahmeverfahren eingeleitet worden, zu dessen Durchführung es nicht gekommen sei, weil der Beklagte den eingeklagten Anspruch anerkannte; der klägerische Anwalt habe aber durch Vorlegung seiner Handakten glaubhaft gemacht, daß er die eingeforderten Akten bei Gericht einsah und über ihren Inhalt dem Kl. Bericht erstattete; dadurch habe er sich die Beweisgebühr nebst Pauschsatz und Umsatzsteuer verdient.

Geh. JR. Weigl, Augsburg.

Zu 2. Diese Entsch. des KG. ist abzulehnen, wie denn überhaupt das KG. den drängenden Bedürfnissen, die durch die alles umstürzenden Ereignisse der letzten Jahre ausgelöst worden sind, recht wenig entgegenkommt. Ich stimme in allem den Ausführungen Czolbes, LZ. 1921, 364 ff. zu. Der Unterhaltsanspruch entsteht täglich von neuem und wird täglich von neuem durch den Abfindungsvertrag betroffen. Durch diesen gibt das uneheliche Kind täglich von neuem seinen natürlichen Unterhaltsanspruch auf. Ob sonst noch andere Erwägungen in Betracht kommen, ist hierneben unerheblich. Alles, was das KG. in dieser Beziehung anführt, schlägt nicht durch. Das sind Nebensächlichkeiten neben der einen entscheidenden großen Hauptsache. Über diesen Kleinigkeiten verliert das Urteil den Maßstab für das wesentliche. Bedauerlicherweise. Zugleich noch eine theoretische Bemerkung. Ich kann nahezu jedes Wort Czolbes, der sich gegen die clausula rebus sic stantibus erklärt, unterschreiben und daraus sollte ersehen werden, daß der Kampf gegen die clausula rebus sic stantibus sich gegen eigene irrige Vorstellungen der Gegner dieser Klausel richtet. Wie ich in meinem Gutachten über die Inventarpacht S. 32 ff. nachgewiesen habe, sind clausula rebus sic stantibus und Auslegung restlos dasselbe. Der einzige Unterschied besteht im Wort. Also wozu die vielen Schwierigkeiten, durch die schließlich auch die Auslegung gefährdet und der endgültige Durchbruch des richtigen nur hingezögert wird! Aufzuhalten ist die allgemeine Anerkennung des Gedankens, daß jede Abmachung, die ihrer Natur entsprechende innere praktische Vernunft behalten muß, nicht.

Geh. JR. Prof. Dr. Krückmann, Münster i. W.

diesem in der JW. von Rosenthal und Dove erhobenen Einwendungen festzuhalten.

Die dort veröffentlichten Urteile des RG. (S. 1080, Z. 6) und des OLG. Hamburg (S. 1091, Z. 7) betreffen Vergleiche, die laufende Unterhaltsbeträge zwischen Ehegatten festsetzen, und bei ihnen läßt sich aus den besonders vom RG. dargelegten Gründen wohl sagen, daß infolge einer Nichtberücksichtigung des außerordentlichen Sinkens des Geldwerts der ganze Zweck des Vertrags vereitelt werde.

Im vorliegenden Falle ist aber der Einfluß jenes Umstands auf die Fortwirksamkeit eines Abfindungsvertrags zu prüfen, der zwischen einem unehelichen Kinde und dem als Vater in Anspruch Genommenen in Gestalt der Zubilligung einer Abfindungssumme geschlossen ist. Dabei handelt es sich nach dem Willen des Gesetzes selbst hinsichtlich der hier zu beantwortenden Fragen um eine wesentlich andere Rechtsbeziehung als im ersten Falle.

Die Erwägungen, daß die Alimentationsverpflichtung des unehelichen Vaters vom Gesetz denkbar eindringlich betont wird, daß der uneheliche Vater sein Kind vor Verelendung schützen muß, daß es sich um ein auf familienrechtlicher Grundlage aufgebautes Schuldverhältnis handelt, daß eine wesentliche Veränderung der Umstände, theoretisch betrachtet, neue Unterhaltsansprüche entstehen läßt, andererseits dann auch umgekehrtenfalls solche Ansprüche einschränken oder beseitigen kann, daß endlich die Parteien an solche Umstände im einzelnen nicht gedacht haben, alle diese Erwägungen hätten das Gesetz vielleicht veranlassen können, auch für uneheliche Kinder den Rechtssatz des § 1614 Abs. 1 aufzustellen. Aber das Gesetz ist diesen Weg nicht gegangen. Es hat vielmehr im § 1714 das Gegenteil bestimmt und den Abfindungsvertrag zugelassen, dessen Aufgabe es nur sein kann, die Unterhaltsbeziehung zwischen Vater und Kind endgültig zu lösen. Das ergibt sich — abgesehen von den insoweit auch jetzt noch zutreffenden Ausführungen der Motive — klar aus dem Gesetze selbst, nämlich eben aus dem scharfen Gegensatze zwischen §§ 1614 und 1714. Ob dieser Gegensatz rechtspolitisch begründet ist, hat außer Betracht zu bleiben. Im übrigen ist es auch nicht richtig, daß der Abfindungsvertrag als bloßer „Unterhaltsvertrag" nur den kapitalisierten Gegenwert der zum Unterhalt bestimmten fortgesetzten Leistungen in Gestalt einer einmaligen Abfindung festsetzen soll. Er hat vielmehr, wie schon hervorgehoben, darüber hinaus den Zweck, die Rechtsbeziehungen zwischen beiden Teilen endgültig zu lösen. Dies erhellt namentlich, wenn auch die Fälle berücksichtigt werden, in denen der als außerehelicher Erzeuger in Anspruch Genommene seine Vaterschaft in Abrede stellt, sich aber aus den verschiedensten Gründen zu einer Abfindung überhaupt oder in bestimmter Höhe versteht. Hat nun das Gesetz auf Grund der von ihm selbst für richtig befundenen Abwägung der Interessen der Beteiligten einen solchen Ablösungsvertrag einmal zugelassen, so folgt allerdings daraus, daß, wenn man trotzdem eine Abänderung des Vertrages auf Verlangen des einen Teils zuließe, darin eine dem Vertrage widersprechende Benachteiligung des anderen Teiles, sei es, wie hier, des Vaters, sei es bei anderer Sachlage des Kindes, gefunden werden müßte. Es ist dementsprechend auch daran festzuhalten, daß das einseitige Verlangen auf Abänderung eines längst erledigten Abfindungsvertrags sich mit den vom RG. 100, 129 entwickelten Grundsätzen nicht rechtfertigen läßt. Andernfalls käme man z. B. auch dahin, einen Auseinandersetzungsvertrag bei vorzeitiger Auflösung einer Gesellschaft oder Erbengemeinschaft aus ähnlichen Gründen einer Abänderung preiszugeben.

Weiterhin spricht auch gegen die Gegenmeinung, daß es völlig unklar bleibt, wie eigentlich das Verhältnis zwischen den Vergleichsteilen künftig gestaltet werden soll. Die vom LG. Nürnberg (JW. 1921, 1101) angenommene Lösung berücksichtigt, von sonstigen Bedenken abgesehen, jedenfalls nicht die schon oben hervorgehobenen Fälle, in denen auf die Höhe der Abfindung auch der Umstand der Zweifelhaftigkeit der Vaterschaft eingewirkt hat. Da der Abfindungsvertrag eben verschiedenen Zwecken dient, führt eine bloße Neuregelung und Anrechnung der Leistungen lediglich zu Willkür und Unbilligkeit.

Es ist deswegen davon auszugehen, daß der Abfindungsvertrag, sofern er nicht selbst Gegenteiliges bestimmt, auch die Unterhaltsfrage endgültig und unabänderlich regelt. Daher kann sich das Gericht nicht davon überzeugen, daß seine Abänderung wegen später eintretender, nicht voraussehbarer Umstände, insbesondere wegen der außerordentlichen Geldentwertung, aus den von der Gegenmeinung angeführten Gründen begehrt werden darf. Vgl. JW. 1921, 1274[8], 1306.

Aus diesen Gründen eine etwa notwendige Abhilfe zu schaffen ist Aufgabe des Gesetzgebers (vgl. RV. Art. 121), nicht aber des dem geltenden Recht unterworfenen Richters. Gegenüber der sich aus dem Gesetz ergebenden klaren Rechtslage können Gründe einer Lamentationsjurisprudenz nicht ins Gewicht fallen.,

(KG., 8. ZS., Beschl. v. 9. Nov. 1921, 8 W 3685/21.)

Mitgeteilt von KGR. Pick, Berlin.

*

3. Erstattungsfähigkeit der Gebühr des Verkehrsanwalts und der Gebühr für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer hinterlegten Sicherheit gemäß § 715 ZPO. †)

Dem LG. ist darin beizutreten, daß die Inanspruchnahme eines in Mannheim wohnenden Anwalts durch den in Speier wohnenden Kl. als zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendig anzusehen ist. Zur Zeit der Einleitung des vorliegenden Rechtsstreites war das Rheinland eben von den Truppen der Feindstaaten besetzt worden und es wurde durch die feindliche Zensur der Briefverkehr mit Berlin außerordentlich erschwert. Kl. durfte mithin damit rechnen, daß der Schriftwechsel mit seinem Anwalt nicht so sicher und pünktlich durchgeführt werden würde, wie es seinen Interessen entsprach. Daß er deshalb einen Anwalt in dem näher gelegenen, nicht im besetzten Gebiet liegenden Mannheim mit der Information des Berliner Prozeßbevollmächtigten beauftragte, war sachgemäß; Reisen nach Berlin würden die Wahrnehmung der Rechte erschwert und vor allem auch verteuert haben. Zutreffend weist Kl. darauf hin, daß eine einzige Fahrt nach Berlin erheblich mehr gekostet haben würde, als die gewöhnliche Gebühr betrug

Unerheblich ist, daß Kl. wiederholt in Berlin gewesen ist und dort Information erteilt hat; die Inanspruchnahme des Mannheimer Anwalts wird dadurch nicht überflüssig, weil nicht erhellt, daß ein vorübergehender Aufenthalt zur Information des Berliner Anwalts in dem rechtlich nicht einfach liegenden Rechtsstreit ausgereicht haben würde.

Auch hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Gebühr für die Rückgabe der Sicherheit ist der Auffassung des LG. beizutreten. Die Rückgabe der Sicherheit erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft, also nach Beendigung des Rechtszuges. Ein insoweit gestellter Antrag fällt also nicht mehr in die Tätigkeit des Anwalts, die durch Prozeßgebühr für den Rechtszug abgegolten wird.

(KG., 11. ZS, Beschl. v. 28. Juni 1921, 11 W 2188/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Kalischer, Berlin.

*

Braunschweig.

4. Rechtsmittel bei Erfüllung des Klageanspruches nach Klageabweisung (§ 99 ZPO.). †)

Durch das angefochtene Urteil ist der Klaganspruch abgewiesen und die Kl. in die Instanzkosten verurteilt. Die Bekl. hat nach Erlaß jenes Urteils die Klagsumme für die Kl. unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt, und die Parteien haben dementsprechend durch gemeinsame Eingabe die Hauptsache für erledigt erklärt. Gleichzeitig hat die Kl. gegen jenes Urteil sofortige Beschwerde mit dem Antrage verfolgt, unter Abänderung desselben der Bekl. die Kosten beider Instanzen aufzulegen.

Der Beschwerdeantrag richtet sich mithin nur gegen die Kosten-

---

Zu 3. Die Entsch., in denen die Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr in verständnisvoller Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse zugebilligt wird, mehren sich. (Vgl. OLG. Breslau JW. 1921, 278 und KG. JW. 1921, 905.) Auch der vorliegenden Entsch. ist durchaus zuzustimmen, wenn sie die Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr mit Rücksicht darauf bejaht, daß der Kl. im besetzten Gebiet wohnte und befürchten durfte, daß der Schriftwechsel mit seinem Berliner Anwalt von dort aus nicht so sicher und pünktlich durchgeführt werden würde, wie es seinen Interessen entsprach.

Hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Gebühr für die Rückgabe der Sicherheit setzt sich die Entsch. in Widerspruch mit der bisherigen Rechtsprechung. (Vgl. die Zusammenstellung bei Walther Joachim-Friedländer Anm. 14 zu § 13 RAGebO., auch der Friedländersche Kommentar selbst vertritt in Anm. 16/17 einen entgegengesetzten Standpunkt.) RA. Dr. Kraemer, Berlin.

Zu 4. Das Urteil dürfte kaum zu beanstanden sein. Wenn sein Ergebnis nicht befriedigt, so liegt das am Gesetz. § 99 schloß in seiner ursprünglichen, auf den Abs. 1 beschränkten Fassung jede selbständige Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunkt aus. Die dann angefügten Abs. 2 und 3 machten für zwei Fälle, in denen dieser Ausschluß besonders unangebracht schien, Ausnahmen. Unter diese Ausnahme würde aber die hier entschiedene Sache nur fallen, wenn die Parteien vor dem angefochtenen Urteil über die Streiterledigung in der Hauptsache übereingekommen wären.

Ein Radikalmittel gegen § 99 Abs. 1 würde nur seine Streichung sein, mit der dann auch die Ausnahme im Abs. 2 fiele.

Abs. 3 würde dagegen, vielleicht unter Versetzung zu § 511, etwa in folgender Form beizubehalten sein:

„Ist eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen oder ist ihre Anfechtung von seiten des durch die Entscheidung über den Kostenpunkt Beschwerten nicht beabsichtigt, oder nicht zulässig, so findet gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt sofortige Beschwerde statt.

Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

Wird vom Gegner gegen dieselbe Entscheidung Berufung eingelegt, so ist die Beschwerde als Anschließung zu behandeln."

Prof. Dr. O. Fischer, Breslau.

entscheidung der Vorinstanz und kann weder auf Abs. 2 noch auf Abs. 3 des § 99 ZPO. gestützt werden, da eine sachliche Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist (auf Abweisung der Klage) und letztere nicht durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung ihre Erledigung gefunden hat. Nach § 99 I daselbst ist aber die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Als solches käme gemäß § 511 ZPO. nur die Berufung in Frage, und diese ist nicht verfolgt. Die Erklärung, daß in der Zeit zwischen der Verkündung der Entscheidung erster Instanz und der Einlegung des Rechtsmittels die Hauptsache erledigt sei, und die Tatsache dieser nachträglich eingetretenen Erledigung macht die sofortige Beschwerde nicht zulässig wegen des unter den Parteien streitig gebliebenen Kostenpunktes. Jener Umstand würde nur zur Folge haben, daß eine etwa gleichzeitig gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegte Berufung, weil infolge Erledigung gegenstandslos geworden, als unzulässig zu bezeichnen wäre (RG. 15, 405; 29, 379; 45, 412; ZZP. 42, 191 ff.; 43, 395; GruchBeitr. 57, 1056; Stein in ZPO. § 99 Bem. II; OLG. 39, 98).

(OLG. Braunschweig, 2. ZS., Beschl. v. 27. Dez. 1920, Nr. 2 W 62/20, BraunschRpflZ. 1921, 15.)

*

Breslau.

5. Der Auslagen-Pauschsatz für die Prozeßgebühr ist dem Armenanwalt auch dann zu erstatten, wenn ihm die Prozeßgebühr bereits vorher als Wahlanwalt erwachsen ist, er jedoch von der Partei den Pauschsatz nicht erhalten hat. †)

Der Beschwerdeführer ist zunächst als Wahlanwalt für die Kl. tätig gewesen, demnächst bei Bewilligung des Armenrechts durch Beschluß v. 9. April 1920 ihr als Armenanwalt beigeordnet worden. Durch Beschl. v. 13. Juni 1921 ist der Kl. unter Hinweis auf § 1387 BGB. das Armenrecht entzogen, da ihr Mann bei einem Einkommen von 10378 ℳ jährlich nicht als arm gelten könne. Daraufhin hat der Beschwerdeführer am 18. Juni 1921 die Vertretung der Kl. niedergelegt und Erstattung seiner Auslagen aus der Staatskasse beantragt. Der Antrag ist durch Beschluß des Gerichtsschreibers und auf die Erinnerung des Armenanwalts auch durch Beschluß des LG. v. 27. Juli 1921 abgelehnt, da der Armenanwalt nur die nach seiner Beordnung entstandenen Auslagen aus der Staatskasse ersetzt verlangen könne, nach dem gedachten Zeitpunkte aber weder eine Verhandlung noch sonst eine Tätigkeit des Armenanwalts stattgefunden habe.

Dieser Entscheidung ist darin beizupflichten, daß grundsätzlich dem Anwalt nur diejenigen Auslagen, die er als Armenanwalt gehabt hat, von der Staatskasse ersetzt werden können. Aus diesem Grunde sind die Posten 4 und 5 der Gebührenrechnung des Beschwerdeführers zu streichen, weil sie Auslagen betreffen, die ihm anläßlich seiner Tätigkeit als Wahlanwalt erwachsen sind. Begründet ist die Beschwerde dagegen insoweit, als sie sich gegen die Ablehnung des Pauschsatzes einschließlich Umsatzsteuer richtet. Nach Art. II des Gesetzes v. 18. Dez. 1919 (RGBl. 2113) werden im Falle der Bewilligung des Armenrechts dem für die arme Partei bestellten Anwalt die Auslagen nach Maßgabe der RAGebO. von der Staatskasse ersetzt, falls sie nicht von einem ersatzpflichtigen Gegner beigetrieben werden können. Nach § 76 RAGebO. erhält der Anwalt für die Herstellung des Schreibwerks sowie zum Ersatze der Postgebühren seiner Sendungen innerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit Pauschsätze in Höhe von 30% der zum Ansatz gelangenden Gebühr. Es folgt aus der Natur der Pauschsätze und steht daher außer Zweifel, daß sie auch gewährt werden, wenn tatsächlich dem Anwalt Auslagen nicht entstanden sind; Voraussetzung für die Gewährung des Auslagenpauschsatzes ist allein eine gebührenpflichtige Tätigkeit des Anwalts. Die Durchsicht der Handakten des Beschwerdeführers läßt erkennen, daß er den als Wahlanwalt begonnenen Geschäftsbetrieb als Armenanwalt fortgesetzt hat. Er hat somit die Prozeßgebühr des § 13 Abs. 1 RAGebO., welche die gesamte Tätigkeit von der Information bis zur Beendigung der Instanz laufend deckt, auch als Armenanwalt ins Verdienen gebracht. Daraus folgt, daß ihm nach den angezogenen Bestimmungen der entsprechende Auslagenpauschsatz von der Staatskasse zu ersetzen ist. Bei einem Streitwert von 2000 ℳ betrug die Prozeßgebühr 64,80 ℳ, der Auslagenpauschsatz mithin 19,50 ℳ, dazu kommen noch 30 ₰ Umsatzsteuer. Der Umstand, daß der Armenanwalt vor seiner Beiordnung die Prozeßgebühr mit Pauschsatz bereits als Wahlanwalt verdient hat, befreit die Staatskasse von der Auslagenerstattungspflicht nicht, solange nicht feststeht, daß der Anwalt tatsächlich von seinem Auftraggeber die Auslagen erstattet erhalten hat und damit sein Auslagenanspruch erloschen ist.

(OLG. Breslau, ZS. 6a, Entsch. v. 24. Sept. 1921, 6a W 105/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Kremser, Schweidnitz.

*

6. Berechnung der Auslagen des Armenanwalts, der vorher als Wahlanwalt tätig war. †)

Der Beschwerdeführer hat als Prozeßbevollmächtigter des Bekl. für diesen das Armenrecht nachgesucht. Nach Erledigung der Beweisaufnahme hat das Prozeßgericht das Armenrecht bewilligt und ihm seinen bisherigen Prozeßbevollmächtigten als Armenanwalt beigeordnet. In der nächsten auf diesen Beschluß folgenden Verhandlung ist Urteil ergangen. Bei Festsetzung der Auslagen ist der Gerichtsschreiber davon ausgegangen, daß dem Rechtsanwalt gegen die Staatskasse ein Erstattungsanspruch nur wegen des auf die Armenanwaltstätigkeit entfallenden Teiles der Auslagen zustehe.

Hiergegen hat der Anwalt Erinnerung eingelegt und Erstattung seiner sämtlichen Auslagen gewünscht, da er die Vertretung des mittellosen Bekl. von vornherein nur in Erwartung der demnächstigen Bewilligung des Armenrechts übernommen habe, um die Partei vor Schaden zu bewahren. Der angefochtene Beschluß weist die Erinnerung zurück. In der Beschwerde gegen diesen Beschluß führt der Anwalt den weiteren Gesichtspunkt für seine Rechtsauffassung an, daß das Armenrecht für die ganze Instanz, nicht nur für einen Teil, bewilligt sei und daher auch die Auslagen dem Armenanwalt für die ganze Instanz zu erstatten seien.

Der Senat ist dieser Auffassung nicht beigetreten. Nach Art. II des Gesetzes v. 18. Dez. 1919 (RGBl. 2113) werden die Auslagen nach Maßgabe der RAGebO. für die arme Partei bestellten Rechtsanwalt von der Staatskasse ersetzt. Diese Fassung deutet darauf hin, daß dem Rechtsanwalt nur, soweit er als Armenanwalt bestellt

---

Zu 5 u. 6. Diese Entsch. folgen dem von Friedländer JW. 1921, 443 aufgestellten Grundsatze und billigen dem Armenanwalt die Pauschsätze aus den Gebühren zu, die ihm erwachsen wären, wenn er erst nach seiner Bestellung zum Armenanwalt überhaupt für die Partei tätig geworden wäre. Eine andere Auffassung war vom OLG. Celle in seiner von mir besprochenen Entsch. JW. 1921, 175 vertreten worden. Dort war dem Armenanwalt die Erstattung der Pauschsätze aus den Gebühren versagt worden, die er bereits vor seiner Bestellung zum Armenanwalt verdient hatte. Das würde dahin führen, daß dem RA. keinerlei Pauschsätze zu erstatten wären, wenn er erst zu einer Zeit zum Armenanwalt bestellt worden ist, zu der die Verhandlungs-, die Beweis- und die weitere Verhandlungsgebühr bereits erwachsen war. Das OLG. Celle hat diesen Standpunkt grundsätzlich auch in der Entsch. JW. 1921, 639 aufrechterhalten, wenngleich es dort aus Billigkeitsgründen dem Anwalt, der die Partei bereits vor Erlaß des Armenrechtsbeschlusses vertreten hat, die Pauschsätze zubilligt, wenn ohne sein Verschulden eine Verzögerung in der Bewilligung des Armenrechts vorgekommen ist.

Die dritte mögliche Ansicht, daß dem Armenanwalt die Erstattung der Pauschsätze aus allen in dem Prozesse angefallenen Gebühren zugebilligt wird, gleichgültig, wann er zum Armenanwalt bestellt worden ist, habe ich in meiner schon erwähnten Anmerkung zur Entsch. des OLG. Celle vertreten.

Ich möchte diese Ansicht auch gegenüber den beiden Breslauer Entsch. und gegenüber den Ausführungen von Friedländer JW. 1921, 442 Anm. 2 und Küster, ebenda 448 aufrechterhalten. Zugeben will ich, daß die Beweisführung aus § 124 ZPO. nicht zwingend ist. Aber immerhin läßt § 124 einen Analogieschluß zu. Auch zu § 124 ZPO. möchte ich bei meiner Ansicht verbleiben. Die mir von Friedländer a. a. O. entgegengehaltene Entsch. des OLG. München SeuffArch. 68, 204 überzeugt nicht, weil sie sich jeder Begründung enthält. Es wird dort gesagt: „wenn es in § 124 Abs. 1 ZPO. heißt: Die für die arme Partei bestellten RA. seien berechtigt, „ihre" Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben, so ist diese Vorschrift dahin zu verstehen, daß der Armenanwalt die ihm in dieser seiner Eigenschaft entstandenen Gebühren und Auslagen von dem kostenpflichtigen Gegner beitreiben kann. Es kann also der Anwalt, wenn er — wie im vorliegenden Falle — für die Partei schon vor der gemäß § 115 Ziff. 3 ZPO. erfolgten Beiordnung tätig gewesen ist, als eigenen Anspruch vom Gegner nur die Gebühren- und Auslagenforderung beitreiben, die ihm gegen seine Partei seit jener Beiordnung erwachsen ist". Irgendeine Begründung dafür, daß § 124 dahin zu verstehen sei, läßt die Entsch. vermissen. Aus den Materialien zur ZPO. ergibt sich für die Auslegung der Bestimmung nichts. Die einzige Bemerkung über den gesetzgeberischen Grund der Bestimmung enthält die Begründung zu § 111 des Entw. (115 der früheren und 124 der geltenden ZPO.) auf S. 125/126. Es heißt dort: „Zur Sicherung der den Armen bestellten Anwälte sind dieselben ohne Zession zur unmittelbaren Einziehung der Gebühren und Auslagen für berechtigt erklärt." Daraus läßt sich weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas entnehmen. Es bleibt also nur der Wortlaut des Gesetzes entscheidend, und der spricht für meine, nicht für die gegenteilige Auslegung.

Dasselbe gilt für den Art. II des Gesetzes v. 18. Dez. 1919. „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten werden im Falle der Bewilligung des Armenrechts dem für die arme Partei bestellten Rechtsanwalte die Auslagen nach Maßgabe der RAGebO. von der Staatskasse ersetzt." Dafür, daß der Erstattungsanspruch sich auf die nach der Bestellung zum Armenanwalt entstehenden Auslagen beschränken soll, enthält das Gesetz nichts. Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

RA. Dr. Kraemer, Berlin.

ist, und von dieser Bestellung an die Auslagen aus der Staatskasse zu ersetzen sind. Wollte man dem Anwalt auch die vor seiner Bestellung gehabten Auslagen als Wahlanwalt aus der Staatskasse ersetzen, so würde man die Bestellung des Armenanwalts auf den Beginn seiner Tätigkeit für die Parteien vordatieren, der Armenrechtsbewilligung insoweit gewissermaßen rückwirkende Kraft beilegen. Dazu bietet aber das Gesetz keine Handhabe.

Begründet ist die Beschwerde insoweit, als der Gerichtsschreiber die Auslagenpauschsätze nach der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr berechnet hat. Diese Gebühren stehen dem Rechtsanwalt als Armenanwalt nicht zu, da er in dieser Eigenschaft erst nach beendeter Beweisaufnahme in der letzten mündlichen Verhandlung aufgetreten ist. Um die durch die Armenanwaltstätigkeit verdienten Gebühren von den übrigen sondern zu können, ist zu unterstellen, daß der Armenanwalt erst nach seiner Bestellung die Tätigkeit für die Partei begonnen habe. Danach würde er im vorliegenden Falle die Prozeßgebühr, die als laufende Gebühr die gesamte Tätigkeit von der Information bis zur Beendigung der Instanz deckt, und die Verhandlungsgebühr (nicht die weitere Verhandlungsgebühr, da der Beschwerdeführer vor der Beweisaufnahme nicht als Armenanwalt verhandelt hat) zu beanspruchen haben.

(OLG. Breslau, ZS. 6a, Entsch. v. 7. Okt. 1921, 6a W 129/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **Kremser**, Schweidnitz.

*

Celle.

7. Anrechnung der im Arrestverfahren entstandenen Gebühren auf die in der Hauptsache entstehenden Rechtsanwaltsgebühren. †)

Es hat ein Arrestverfahren und als Verfahren über die Hauptsache ein Wechselprozeß stattgehabt, der ohne kontradiktorische Verhandlung durch Versäumnisurteil abgeschlossen ist.

Für das Arrestverfahren stehen dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. nach § 28 RAGebO. $^{10}/_{10}$ der Gebühr des § 13 Ziff. 1 das. mit 144 ℳ und der danach gemäß § 76 berechnete Pauschsatz mit 57,60 ℳ zu. Für seine Tätigkeit im Hauptverfahren sind an sich demselben nach § 13 Ziff. 1 u. 2, 19, 16 die Prozeßgebühr mit 86,40 ℳ und die Verhandlungsgebühr mit 43,20 ℳ zuzubilligen, wonach sich die Pauschsätze mit 34,60 ℳ und 17,30 ℳ berechnen.

Nach § 28 Abs. 1 Satz 2 und 3 muß sich der RA. jedoch die im Verfahren über den Arrest erwachsenen Gebühren in Höhe von $^{5}/_{10}$ auf die in dem Verfahren in der Hauptsache zustehende entsprechende Gebühr anrechnen. Diese durch die Novelle v. 1. Juni 1909 geschaffene Vorschrift hat ihren Grund darin, daß die Gebühren das angemessene Entgelt für die von dem RA. bei der Bearbeitung der Rechtssachen aufzuwendende Tätigkeit darstellen, diese aufzuwendende Mühe sich aber in vielfacher Beziehung deckt, wenn das Arrestverfahren denselben Anspruch betrifft, der im Hauptverfahren verfolgt wird. Die Mühe ist in einem solchen Falle also wesentlich geringer und eine Minderung der Gebühr deshalb billig. Vorliegend ist die Gebühr des Arrestverfahrens also auf die Prozeßgebühr im Hauptverfahren anzurechnen. Daß diese vorliegend schon nur $^{6}/_{10}$ der vollen Gebühr beträgt, rechtfertigt die Einfachheit des Wechselprozesses im Hinblick auf die Vorbereitung und Einreichung der Klage.

Es war der Beschwerde jedoch insoweit stattzugeben, als diese Anrechnung die Pauschsätze nicht betreffen kann. Entgegen der vom KG. in JW. 1920, 498 Nr. 2 und bei **Sydow-Busch**, RAGebO., 11. Aufl., § 76 Anm. 6 vertretenen Auffassung ist eine Kürzung der Pauschsätze im Falle der Gebührenanrechnung nach §§ 28, 37, 38 RAGebO. aus dem Gesetze nicht herzuleiten. Einmal sprechen diese Paragraphen nur von Anrechnungen der Gebühren. Unter Gebühren können nur die Vergütungen des RA. verstanden werden, die er für seine eigentliche Tätigkeit als Rechtsberater und Rechtsvertreter auf Grund seiner beruflichen Vorbildung erhält, im Gegensatz zu der Erstattung seiner Aufwendungen, die im fünften Abschnitt der RAGebO. geregelt ist. Nun berechnet sich der einzelne Pauschsatz, der für die Herstellung des Schreibwerks und zum Ersatz der Auslagen für Postgebühren erstattet wird, nach § 76 Abs. 2 GO. allerdings nach der „zum Ansatz gelangenden Gebühr" und es kommen die einzelnen Gebühren zwar nur insoweit zum Ansatz, als sie Rechnungsposten für die Berechnung der erstattungspflichtigen Gesamtkosten nach § 91 ZPO. bilden. Es ist aber sinngemäß davon auszugehen, daß die Pauschsätze die Vergütung für sachliche Barauslagen darstellen, die sich nicht dadurch ermäßigen, daß die persönliche Tätigkeit des RA. geringer ist. Der § 76 Abs. 2 kann also nur so verstanden werden, daß der Pauschsatz sich nach derjenigen Gebühr richtet, die regelmäßig für eine bestimmte Tätigkeit des RA. zum Ansatz kommt, daß aber die aus Rücksicht auf die geringere Tätigkeit desselben unter bestimmten Voraussetzungen vorgeschriebene Anrechnung der Gebühr bei Berechnung des Pauschsatzes unbeachtet bleibt. Nur die regelmäßig zustehende Gebühr ist maßgebend.

(OLG. Celle, 7. ZS., Beschl. v. 13. Okt. 1921, 7 W 158/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **Seckel**, Hannover.

Zu 7. Die Streitfrage, ob im Falle der Anrechnung einer Gebühr auf eine andere, auch der Pauschsatz mit anzurechnen ist oder nicht, hat zahlreiche Entscheidungen in verschiedenem Sinne gezeitigt, während die Erläuterer der GO. fast durchgängig den in der Entsch. des OLG. Celle vertretenen Standpunkt teilen, vgl. **Walter-Joachim-Friedländer**, Anm. 22 zu § 76; **Willenbücher**, 9. Aufl., Anm. II 1 zu § 76. Die Entsch. des OLG. Celle hebt zutreffend den Unterschied hervor, der zwischen Pauschsätzen und Gebühren besteht, diese stellen das Entgelt für die *persönliche Tätigkeit* des RA. dar, jene die Vergütung für *sachliche Auslagen*. Die Gebührenvorschriften, nach denen in bestimmten Fällen bereits erwachsene Gebühren auf weiter entstehende Gebühren anzurechnen sind, beruhen auf der Eigenart dieser Fälle, in denen die persönliche Tätigkeit des Anwalts, die durch die erwachsenen Gebühren abgegolten werden soll, auch der weiteren Tätigkeit zugute kommt, für die dem Anwalt die weitere Gebühr erwächst. Es ist also gesetzgeberisch berechtigt, das Entgelt für die *persönliche Tätigkeit* des Anwalts durch Anrechnung der bereits entstandenen Gebühren zu verringern. Dagegen fehlt es an jedem gesetzgeberischen Grund dafür, die Vergütung des Anwalts für *sachliche Auslagen* in einem solchen Falle zu kürzen, da diese sachlichen Auslagen keinesfalls dadurch geringer werden, daß die durch die anzurechnenden Gebühren abgegoltene persönliche Tätigkeit des Anwalts vorangegangen ist. Es ist eine ganz ungerechtfertigte Härte, z. B. im Falle des § 28 GO. den für das Arrestgesuch erwachsenen Pauschsatz auf die durch den Hauptprozeß entstehenden Pauschsätze anzurechnen, denn erfahrungsgemäß erwachsen durch das Arrestverfahren besonders erhebliche Auslagen, wenn Anlagen zum Arrestgesuche zugestellt werden müssen. Das gleiche gilt für den Urkunden- und Wechselprozeß.

Die den entgegengesetzten Standpunkt vertretenden Entscheidungen betonen formalistisch die Abhängigkeit des Pauschsatzes von der Gebühr und verkennen den dargelegten Unterschied zwischen beiden.

RA. Dr. **Kraemer**, Berlin.

*

8. a) Der Anspruch des Armenanwalts auf Erstattung seiner Auslagen setzt nicht voraus, daß ein ersatzpflichtiger Gegner vorhanden ist.

b) Die Auslagen des Armenanwalts werden gegenüber der Staatskasse auch durch Erledigung des Auftrags fällig. †)

Im ersten Rechtsgange ist die Ehe der Parteien aus Verschulden der verkl. Ehefrau geschieden worden. Letztere legte im Armenrecht Berufung ein. Während des Beweisverfahrens zeigte der Kl. an, daß die Parteien sich versöhnt hätten. Der Anwalt der Bekl. berichtete zunächst, daß ein Vergleich geschlossen sei, erläuterte dies aber später dahin, daß eine Versöhnung stattgefunden habe und dem schuldigen Teil seine Verfehlungen verziehen worden seien; die Parteien wollten den Rechtsstreit nicht mehr weiterführen. Der Anwalt der Bekl. bat um Festsetzung seiner Auslagen zur Erstattung aus der Staatskasse. Der Gerichtsschreiber lehnte dies ab. Er vermißte den Nachweis, daß der Gegner nicht in der Lage sei, die Kosten zu erstatten, da er infolge Vergleiches mindestens die Hälfte der Kosten übernommen habe. Die Erstattung sei nur möglich auf Grund eines Urteiles oder Vergleiches. — Die Erinnerung ist begründet.

Nach Art. II des RGes. v. 18. Dez. 1919 erhält der Armenanwalt seine Auslagen von der Staatskasse ersetzt, falls sie nicht von einem ersatzpflichtigen Gegner beigetrieben werden können. Diese Bestimmung ist vom KG. 2. ZS. dahin aufgefaßt worden, daß die Auslagenerstattung nur stattfinde, wenn ein ersatzpflichtiger Gegner vorhanden sei und dieser sich als zahlungsunfähig erweise (JW. 1920, 565 Nr. 3a und 1041 Nr. 6; OLG. 40, 363). Ihm folgt LG. Freiberg i. Sa. (JW. 1921, 118 Nr. 1). Diese Anschauung würde dahin führen, daß die Erstattungspflicht des Staates nur dem erfolgreichen Armenanwalte zugute kommt und zugunsten des letzteren der Staat etwa die Stellung eines Bürgen für den zahlungsunfähigen, in die Kosten verurteilten Gegner hat. Sie ist durch den Wortlaut des Gesetzes nicht geboten. Mit seinem Sinn steht sie so sehr im Widerspruch, daß sie vielmehr zur Vereitelung seines sozialen Zweckes führen müßte. Schrifttum und Rechtsprechung haben daher diesen Standpunkt fast einmütig abgelehnt. Sie fassen die fragliche Gesetzesbestimmung dahin auf, daß die Ersatzpflicht des Staates grundsätzlich begründet ist; nur wenn ein erstattungspflichtiger Gegner vorhanden ist, beschränkt sie sich auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit desselben. Es genügt, hier auf die Ausführungen des 22. ZS. des KG. JW. 1920, 565 Nr. 3b, von **Friedländer** JW. 1921, 442 ff. Nr. 3 (daselbst S. 444 Nachweisungen in Anm. 13) und **Köster**, JW. 1921, 446 ff. zu I. hinzuweisen. Danach ist davon auszugehen, daß die Voraussetzung für die Ersatzpflicht des Staates

Zu 8. Die Entsch. bringt neue Gesichtspunkte zu den in der Überschrift bezeichneten Fragen nicht. Sie enthält aber eine dankenswerte Zusammenstellung der bisherigen Rechtsprechung zu diesen Fragen und bildet damit eine wertvolle Ergänzung zu den Aufsätzen von **Friedländer** und **Köster** (JW. 1921, 442 ff. und 446 ff.)

RA. Dr. **Kraemer**, Berlin.

nicht das Vorhandensein eines erstattungspflichtigen, aber zahlungsunfähigen Gegners ist. Der hieraus entnommene Ablehnungsgrund des Gerichtsschreibers ist also unzutreffend.

Seine weiteren Bedenken beziehen sich auf die Fälligkeit des Ersatzanspruches. Nach Art. II RGes. v. 18. Dez. 1919 hat die Erstattung nach Maßgabe der RAGebO. zu erfolgen. Diese Bestimmung bietet die gesetzliche Grundlage für die Beantwortung der Frage, wann der Staat zur Erstattung der Auslagen des Armenanwaltes verpflichtet ist. Darin liegt unbedenklich der Hinweis, daß die Vorschriften über die Fälligkeit der Auslagen der Partei gegenüber auch für das Verhältnis des Staates zum Armenanwalt gelten sollen. Für die Partei aber enthält § 85 RAGebO. die Bestimmung, daß die Fälligkeit eintritt bei einer Entscheidung über die Kostenlast, bei Beendigung der Instanz oder bei Erledigung des Auftrages (Friedländer, JW. 1921, 442 ff. Nr. 4 mit Nachweisungen, und Köster, JW. 1921, 446 ff. zu II.). Die analoge Anwendung des § 85 auf das Verhältnis des Staates zum Armenanwalt hat die Rechtsprechung ganz überwiegend anerkannt. Auch wo dies nicht ausdrücklich geschieht, kommt sie fast ohne Ausnahme zu dem Ergebnis, daß die Entsch. über die Kostenlast, die Beendigung der Instanz oder die Erledigung des Auftrages die Fälligkeit der Ersatzpflicht des Staates begründen. Gegenüber weitergehenden Ansprüchen der Vorinstanzen hat sie regelmäßig unter geringerer Anforderung zuungunsten der Gerichtskasse entschieden. Als Beispiele mögen folgende Fälle aufgeführt werden. Das KG. 16. ZS. (JW. 1921, 637 Nr. 5) und das LG. Brieg (JW. 1920, 1046 Nr. 4) haben die Beibringung des Rechtskraftzeugnisses nicht für erforderlich erachtet. Die Rechtskraft des Urteiles, welches über die Kostenlast befindet, haben als entbehrlich bezeichnet OLG. München (JW. 1920, 981 Nr. 7), KG. 3. ZS. (JW. 1921, 473 Nr. 6), LG. Münster (JW. 1921, 283 Nr. 3). Von einem vollstreckbaren Titel haben abgesehen: OLG. Stettin (JW. 1920, 915 Nr. 20), KG., 3. ZS. (JW. 1921, 534 Nr. 4), LG. Berlin III (JW. 1921, 643 Nr. 3), LG. Berlin II (JW. 1921, 181 Nr. 2). Die Entsch. des OLG. Stettin und der LG. Berlin II und III beziehen sich auf die vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreites. Endlich ist in folgenden Fällen die Erstattungspflicht des Staates anerkannt worden: bei Klagrücknahme seitens der armen Partei vom LG. Berlin II (JW. 1920, 721 Nr. 2); beim Tod der klagenden armen Partei im Ehescheidungsprozeß vom OLG. Cöln (JW. 1920, 445 Nr. 7); bei Verweisung der Sache an ein anderes Gericht unter Aufhebung der Beiordnung des Armenanwaltes vom 15. ZS. des KG. (JW. 1921, 277 Nr. 2); bei Aufhebung des Armenauftrages vom OLG. Breslau (JW. 1921, 474 Nr. 9); beim Ruhen des Verfahrens vom OLG. Düsseldorf (JW. 1921, 279 Nr. 7)[1]. Die letzte Gruppe der Fälle rechtfertigt die Erstattung der Auslagen durch den Staat nur noch vom Gesichtspunkte der Erledigung des Auftrages.

Der Gerichtsschreiber des OLG. Celle hat die Festsetzung der Auslagen in einem Falle abgelehnt, wo der Armenanwalt des zweiten Rechtszuges ein obsiegendes Urteil über den Grund des Anspruches ohne Kostenentscheidung erstritten hatte (JW. 1920, 908 Nr. 7). Er hat den Armenanwalt für seinen Erstattungsantrag auf die Zeit nach dem Schlußurteil verwiesen. Demgegenüber hat das OLG. Celle selbst (JW. 1920, 715 Nr. 3), gestützt auf § 85 RAGebO., bereits den Standpunkt vertreten, daß die Rechtskraft eines Urteiles, welches die arme Partei mit den Kosten belastet, für den Erstattungsantrag nicht abgewartet zu werden braucht, eine Entsch., welche in mehreren der oben angeführten Fälle vorbildlich gewesen ist.

Im Streitfalle ist die Rechtslage die, daß die Ehegatten sich versöhnt haben und den Scheidungsprozeß nicht mehr weiterführen wollen. Der Rechtsstreit ist damit zum Ruhen gekommen. Der Armenanwalt hat keine Möglichkeit, aus eigenem Rechte daran etwas zu ändern. Er kann insbesondere weder eine Entsch. über die Kostenlast herbeiführen, noch die Instanz zu einem ordnungsmäßigen Abschluß bringen. Seine Tätigkeit ist in Wahrheit auf unabsehbare Zeit und voraussichtlich für immer zum Stillstand gekommen. Sein Auftrag muß daher als erledigt i. S. des § 85 RAGebO. angesehen werden. Danach ist die Voraussetzung gegeben, unter welcher die Erstattungspflicht des Staates als fällig zu betrachten ist. Im übrigen steht nach Lage der Sache auch fest, daß ein ersatzpflichtiger Gegner nicht vorhanden ist. Der Anspruch des Armenanwaltes ist also dem Grunde nach anzuerkennen.

Bemerkt sei noch, daß LG. und OLG. Frankfurt a. M. (JW. 1921, 541 Nr. 4 und S. 476 Nr. 8) die Auslagenerstattungspflicht des Staates beim Ruhen des Verfahrens nicht anerkennen[2].

(OLG. Celle, 1. ZS., Beschl. v. 22. Juni 1921, 1 W 76/21.)

Mitgeteilt von OLGR. Granzow, Celle.

Düsseldorf.

9. Beendigung der Instanz.†)

Zur Entscheidung steht die Frage, ob die Instanz bereits mit Zustellung des Urteils, oder erst mit der Einlegung der Berufung beendet ist. Der Senat tritt der in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht bei, daß erst die Einlegung der Berufung die Instanz beendet. Über diese Frage herrscht in Literatur und Rechtsprechung Streit. Doch hat RG. 68, 247 ausgesprochen, daß das BerG. auch nach Zustellung des Berufungsurteils solange Berufungsinstanz bleibt, als die Revision noch nicht eingelegt ist. Derselbe Gesichtspunkt ist auch für die 1. und 2. Instanz maßgebend. Auch Stein hat in Anm. II zu § 176 ZPO. aus Gründen prozessualer Logik diesen Zeitabschnitt der unteren Instanz zugewiesen. In jüngster Zeit haben anläßig des Ges. v. 18. Dez. 1919 betr. Teuerungszuschläge zu den Gebühren der Rechtsanwälte die OLG. Jena und Hamburg den gleichen Standpunkt vertreten (JW. 1918, 742 und 1920, 718).

In der Tat ist, was namentlich den hier in Frage stehenden Anspruch des RA. angeht, die Tätigkeit des Anwalts keineswegs mit der Zustellung des Urteils beendet. Er muß noch die Partei über ihr weiteres Verhalten belehren, muß ihr zu diesem Zweck oft ein umfangreiches Gutachten darüber abstatten, ob er zur Berufung raten kann oder nicht. Er muß das zugestellte Urteil auf Vollständigkeit und Richtigkeit prüfen, untersuchen, ob ein auferlegter Eid in der Form geleistet werden kann oder nicht, dementsprechend den Antrag auf Berichtigung des Urteils stellen. Er muß der Partei angeben, wie sie die Zwangsvollstreckung vermeiden, durchführen kann, kurzum, mit der Zustellung des Urteils fallen dem Anwalt noch wichtige und verantwortungsreiche Aufgaben zu.

Betrachtet man daneben noch den Zweck des Ges. v. 8. Juli 1921, das als einzige Bedingung seiner Anwendbarkeit die stellt, daß die Instanz noch nicht beendet sei, so ergibt sich, daß allein der Standpunkt, daß die Instanz erst mit Einlegung der Berufung beendet wird, der wirtschaftlichen Bedeutung des Gesetzes gerecht wird. Das Gesetz ist, wie das Ges. v. 18. Dez. 1919, im Interesse der notleidenden Anwaltschaft erlassen, um deren bedrängter wirtschaftlicher Notlage abzuhelfen. Es entspricht daher auch dem Zweck des Gesetzes, seine Bestimmungen möglichst weitgehend auszulegen.

(OLG. Düsseldorf, 2. ZS., Beschl. v. 26. Okt. 1921, 2 W 97/21.)

Mitgeteilt von RA. Carl Vossen, Düsseldorf.

[1] Vgl. jetzt noch KG. 15. ZS. in JW. 1921, 1252 Nr. 5.

[2] Vgl. OLG. München 1. ZS. in JW. 1921, 1257 Nr. 16.

10. Der Armenanwalt braucht sich, falls die Prozeßkosten nach Quoten zwischen den Parteien geteilt sind, den von der Gegenseite eingezogenen Betrag an Gebühren nicht auf die von der Staatskasse (für die arme Partei) zu zahlenden Auslagen anrechnen zu lassen.†)

Über die Kosten ist entschieden, daß der Bekl. 7/8, die Kl. 1/8 zu tragen hat. Von dem der Kl. im Armenrecht beigeordneten Anwalt sind 7/8 der Kosten von dem Bekl. beigetrieben. Seinen Antrag, ihm das von der Kl. zu tragende 1/8 seiner Auslagen behufs Erstattung aus der Staatskasse festzusetzen, hat das LG.

Zu 9. Die Entsch. setzt sich im bewußten Gegensatz zu der herrschenden Ansicht. Die zur Begründung herangezogene Entsch. des RG. 68, 247 bezieht sich nur auf die Frage, ob eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wenn eine Partei nach der Zustellung des Berufungsurteils und vor Einlegung der Revision stirbt und sie bis zu ihrem Tode durch den Prozeßbevollmächtigten der Berufungsinstanz vertreten war. Es ist aber zweifellos, daß der Begriff der Instanz in der ZPO. und in den Kostengesetzen verschieden ist, wie gerade Stein an der in der Entsch. angeführten Stelle hervorhebt. Vgl. auch Stein, Anm. I zu § 119 ZPO.

Können also die zitierte Plenarentsch. des RG. und die Autorität Steins die Entsch. nicht tragen, so sind doch andererseits die selbständigen Gründe der Entsch. sehr beachtlich. Allerdings ist mit der Verlegung der Beendigung der Instanz in den Zeitpunkt der Einlegung der Berufung noch nicht allen Gesichtspunkten voll Rechnung getragen worden. Vielmehr kann der Prozeßbevollmächtigte der Instanz auch nach Einlegung des Rechtsmittels noch für die Partei tätig sein müssen, ohne daß ihm neue Gebührenansprüche erwachsen. Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Walter-Joachim-Friedländer, Anm. 31 ff. zu § 9 der GO., insbesondere Anm. 34. Immerhin werden das Ausnahmefälle sein, und man wird schon um einen zeitlich festen Maßstab zu gewinnen, sich entscheiden müssen, ob die Instanz mit Zustellung des Urteils oder erst mit Einlegung des Rechtsmittels, gegebenenfalls mit dem Eintritt der Rechtskraft enden soll. Die bisherige Rechtsprechung steht, wie gesagt, überwiegend auf dem der Düsseldorfer Entsch. entgegengesetzten Standpunkte, vgl. die Zusammenstellung in Willenbüchers Kostenfestsetzungsverfahren, 9. Aufl., S. 133. Vielleicht tragen die Entscheidungsgründe des OLG. Düsseldorf dazu bei, daß die Rechtsprechung sich dieser Auffassung anpaßt.

RA. Dr. Kraemer, Berlin.

Zu 10. Der Entsch. ist mit Ausnahme des Hinweises auf § 366 BGB. beizustimmen.

1. Der Erstattungsanspruch des Armenanwalts ist sowohl dann gegeben, wenn die Kosten wegen Unvermögens der Gegenpartei nicht beigetrieben werden können, als auch dann, wenn und soweit ein ersatzpflichtiger Gegner nicht vorhanden ist (Küster, JW. 1921, 447).

2. Da der Armenanwalt ohnehin nur die Auslagenpauschsätze, für seine Gebühren aber überhaupt keine Vergütung aus der Staats-

abgewiesen, weil er nach Einziehung von 7/8 der Gesamtkosten bereits mehr als seine tatsächlichen Auslagen erhalten habe. Die Beschwerde ist begründet. Auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses hat der Beschwerdeführer 7/8 seiner Gebühren und Auslagen erhalten; also noch 1/8 seiner Auslagen zu fordern. Für dieses 1/8 ist der Fall des Art. II der VO. v. 18. Dez. 1919 (RGBl. 2113) gegeben, daß sie „nicht von einem erstattungspflichtigen Gegner beigetrieben werden könne". Aus welchem Grunde der Beschwerdeführer sich die auf andere Gebühren und Auslagen erhaltenen Beträge anrechnen lassen müßte, ist nicht zu ersehen. Das Gesetz gibt hierfür keine Handhabe. Es müßte also auf die allgemeinen Vorschriften über Verrechnungen von Zahlungen nach § 366 BGB. zurückgegriffen werden (so auch 5. Senat OLG. Düsseldorf in JW. 1921, 537[10]; vgl. auch OLG. Breslau in JW. 1921, 638[4]). Hier wäre zunächst § 366 Abs. 1 a. a. O. anzuwenden, wonach die vom Schuldner bei der Leistung bestimmte Schuld, also 7/8 der Auslagen des Beschwerdeführers, als getilgt zu gelten hätten. Nähme man aber an, die Zahlung von 275,90 ℳ sei auf die Gesamtgebührenforderung des Beschwerdeführers von 368,10 ℳ schlechthin zu verrechnen gewesen, so müßte nach § 366 Abs. 2, da es sich um mehrere fällige Ansprüche handelt, zunächst diejenige Schuld als getilgt angesehen werden, die dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet, das sind hier diejenigen Beträge, für welche die Staatskasse nicht haftet (vgl. OLG. Düsseldorf 5. Senat a. a. O.).

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 14. Oktober 1921, 7 W 130/21.)

Mitgeteilt von JR. Dr. Hinsberg, Barmen.

*

Frankfurt a. M.

11. Anrechnung der Mahngebühr auf die Verkehrsgebühr.†)

Es kann der Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts nicht beigetreten werden, daß die Posten 1 bis 3 der Kostenrechnung stehen bleiben müßten. Es stützt sich auf eine Entsch. des KG. (JW. 1921, 637), daß eine Anrechnung der Mahngebühr auf die Verkehrsgebühr nicht stattfinde. In dieser Entsch. ist gesagt, der Sinn der maßgebenden Vorschrift im § 17 EntlVO. von 1915 wäre der, daß der Prozeßanwalt, der zunächst den Zahlungsbefehl eingereicht habe, sich bei später fällig werdender Prozeßgebühr die Anrechnung der Mahngebühr gefallen lassen müsse, weil er infolge Kenntnis der Akten vom Mahnverfahren her keine besondere Mühewaltung im nachfolgenden Prozeß mehr habe. Dieser Gesichtspunkt komme aber nicht in Frage, wenn in der Sache zwei verschiedene Anwälte tätig würden.

Hierbei ist nach Ansicht des erkennenden Gerichtes offenbar nicht genügend beachtet worden, daß bei dem Verkehrsanwalt die gleiche Erwägung zutrifft. Auch er hat zunächst die Sache studieren müssen, um den Zahlungsbefehl einreichen zu können. Wenn er dann nachher als Verkehrsanwalt tätig bleibt, hat er ebenfalls keine besondere Mühewaltung mehr. Daher muß man die Vorschrift des § 17 EntlVO., obwohl in ihr nur von Anrechnung der Mahngebühr auf die nachfolgende Prozeßgebühr die Rede ist, sinngemäß anwenden auf die Verkehrsgebühr und auch bei dieser die Anrechnung der Mahngebühr vornehmen.

(OLG. Frankfurt a. M., FS., Beschl. v. 17. Aug. 1921, 5 W 49/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ganz, Frankfurt a. M.

*

kasse erhält, dürfen Gebühren und Auslagen nicht minder verquickt werden. Der Armenanwalt ist nicht verpflichtet, einen Teil der ihm vom Gegner erstatteten Gebühren zur Deckung desjenigen Teiles seiner Auslagen zu verwenden, die nicht von einem ersatzpflichtigen Gegner beigetrieben werden können (OLG. Hamm, JW. 1921, 908[8]), 3, § 366 BGB. wird jedoch hier nicht einschlagen, da er sich auf rechtsgeschäftliche Erfüllungsleistungen beschränkt, während der Anspruch des Armenanwalts nicht auf einem Rechtsgeschäfte beruht (RGKomm. § 366 a. 2; RG. 60, 290). JR. Merzbacher, Nürnberg.

Zu 11. Die Entsch. ist m. E. zutreffend. Der RA., der zunächst im Mahnverfahren und dann nach Verweisung an ein auswärtiges Gericht als Verkehrsanwalt tätig ist, kann schwerlich besser gestellt sein als der Anwalt, der zunächst im ordentlichen Verfahren vor dem Amtsgericht als Prozeßbevollmächtigter und dann beim Landgericht — nach Verweisung an dieses — als Verkehrsanwalt fungiert. In diesem Falle aber steht der Berechnung einer Korrespondenzgebühr neben der Prozeßgebühr die Bestimmung des § 49 RAGebO. entgegen. Die einschlägigen Fragen sind sehr bestritten; sie gehören zu denjenigen, bei denen das Fehlen einer einheitlichen oberstrichterlichen Rechtsprechung — die sog. Entlastung der Gerichte! — sich täglich fühlbar macht. Rechtsprechung und Schrifttum siehe bei Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebO.[6] § 38 Fußnote 9; § 26 Fußnote 3; § 49 Anm. 7. Der hier vertretenen Meinung folgt neuerdings auch das OLG. München in einem (nicht veröffentlichten) Beschl. v. 10. Sept. 1921 Beschw.-Reg. 508/21.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Hamburg.

12. 100prozentiger Zuschlag auch zu den Höchstpauschsätzen.

Nach dem klaren Wortlaut des Art. II des Gesetzes v. 8. Juli 1921 sind neben den nach diesem Gesetze zu berechnenden Pauschsätzen Teuerungszuschläge von 100% zu gewähren. Daß die zu berechnenden Pauschsätze einen Höchstsatz von 540 ℳ haben, steht dem nicht entgegen, daß außerdem ein Teuerungszuschlag bewilligt wird.

(OLG. Hamburg, 7. ZS., Beschl. v. 14. Okt. 1921, VII 116/21.)

*

Hamm.

13. Keine gerichtliche Wertfestsetzung für einen Vergleich, in den ein nicht in Streit befangener Anspruch einbezogen ist.

In Sachen B. & N. gegen H. hat sich das Gericht dahin schlüssig gemacht, daß eine Festsetzung des Wertes des Vergleichs nicht stattfinden kann. Das Gericht hat immer nur den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen. Wenn nun die Parteien im vorliegenden Falle zur Beilegung des Rechtsstreits auch einen nicht in Streit befangenen Anspruch des Kl. in den Vergleich einbezogen haben, so ist dieser Anspruch dadurch doch nicht zum Streitgegenstand geworden und es wird demgemäß der Wert des Streitgegenstandes hierdurch nicht berührt.

Im übrigen wird auf RG. 36, 404 ff. hingewiesen.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 13. Oktober 1921, 3 U 106/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gustav Schulte III, Hamm i. W.

*

Naumburg.

14. Der Pauschsatz im Mahnverfahren ist besonders zu erstatten.†)

Es handelt sich darum, ob bei dem einem Mahnverfahren nachfolgenden Rechtsstreit außer den Gebühren des Mahnverfahrens auch der Pauschsatz des Mahnverfahrens in Wegfall kommt (§ 17 der Bek. v. 9. Sept. 1915, die ihrerseits eine Änderung des § 38 RAGebO. ist). Sie besagt, daß die Anwaltsgebühren für Erwirkung des Zahlungsbefehls und für die Erhebung des Widerspruchs auf die in dem nachfolgenden Rechtsstreit zustehende Prozeßgebühr voll anzurechnen sind. Es fragt sich, ob die Pauschsätze des Mahnverfahrens durch diese Bestimmung mit betroffen werden.

Nach § 1 GKG. bestehen die Kosten aus „Gebühren" und „Auslagen". Dieser Scheidung entsprechend werden auch in dem GKG. und der RAGebO. die Gebühren und Auslagen — unter letztere fallen die Pauschsätze — räumlich und sachlich in verschiedenen Abschnitten auseinandergehalten. Da nun § 17 a. a. O. einen Ersatz des § 38 RAGebO. bildet, ist anzunehmen, daß unter Gebühren i. S. des § 17 lediglich diese, nicht auch Auslagen als Pauschsätze zu verstehen sind.

Für das GKG. vertritt das RG. 75, 312 = JW. 1911, 375; 78, 126 = JW. 1912, 253 den Standpunkt, daß Pauschsätze als bare Auslagen anzusehen und zu behandeln sind. Es erörtert, daß die Eigenschaft als Auslage nicht dadurch verloren gehe, daß die Pauschsätze nach einem bestimmten Prozentsatze der Gebühren zu berechnen seien. Es sei nur beabsichtigt gewesen, „eine veränderte Art der Auslagenberechnung zu schaffen, die gegenüber den bisherigen Einzelansätzen eine Vereinfachung der Geschäftsbehandlung bedeutet". Allerdings sind, worauf das RG. (85, 361) hinweist, die Pauschsätze insofern abhängig von den Gebühren, als die Entstehung einer Gebühr zugleich sachliche Voraussetzung für den Anspruch auf den Pauschsatz bildet, dieser also nicht als unabhängige und selbständige Forderung erwachsen kann. Aus dieser Abhängigkeit in der Entstehung darf man aber nicht mit dem KG. (OLG. 39, 118) den Schluß ziehen, daß infolgedessen die bereits entstandene Pauschsumme auch weiterhin mit dem Schicksal der Gebühr verknüpft sei und mit dieser zugleich fortfalle. Die Folgen der Abhängigkeit gehen nicht soweit; die Abhängigkeit von der Entstehung der Gebühr besteht auch nicht durchweg. So ist durch allg. Verf. v. 31. März 1920 (JMBl. 139) der Gerichtsschreiber angewiesen, in den Fällen, wo wegen Gebührenfreiheit die Gebühren außer Ansatz bleiben, die Pauschsätze des § 80 Abs. 6 GKG. zu erheben. So ist auch hier die Trennung zwischen Gebühr und Pauschsatz betont. Allerdings hat das RG. 85, 361 Pauschsätze den Gebühren gleichgestellt, aber lediglich für das Gebiet des preuß. GKG. und mit Rücksicht auf dessen besondere Bestimmungen. Eine Prüfung der Frage, ob an der Auffassung des RG. 75, 312 für das Anwendungsgebiet des Reichskostengesetzes festzuhalten sei, ist dabei ausdrücklich abgelehnt. Darum ist es bedenklich, die für das preuß. GKG. ausgesprochene Ansicht des RG. — wie es das OLG. Düsseldorf OLG. 40, 447 tut — auch für das GKG. und RAGebO. gelten zu

Zu 14. Der Streit um die in der Überschrift bezeichnete Frage kann hoffentlich bald zur Ruhe kommen. So viel sich übersehen läßt, steht die Mehrheit der Gerichte, insbesondere der Oberlandesgerichte, auf dem Standpunkte, den auch die vorwürfige Entscheidung für richtig anerkennt. Für ihn spricht aber nicht nur die Zahl, sondern auch das Gewicht der Gründe. Die Ausführungen des OLG. Naumburg erscheinen durchaus überzeugend (vgl. auch JW. 1921, 1262). RA. Dr. Fürst, Heidelberg.

lassen. Der Senat hält vielmehr an dem oben wiedergegebenen Standpunkte des RG. 75, 312 fest. Was dort von dem Pauschsatz des GKG. gesagt ist, gilt auch von den Pauschsätzen der RAGebO. Auch diese sind eine Vergütung für wirkliche Auslagen (Schreibwerk, Zustellungskosten, Postgebühren) und bedeuten eine Minderung des Vermögens des Anwalts. Diese Minderung wird in dem nachfolgenden Rechtsstreit durch weitere Ausgaben größer. Es würde unbillig sein, den Pauschsatz des Mahnverfahrens gleich den Gebühren zu behandeln und ihn bei nachfolgendem Rechtsstreit in Wegfall zu bringen. So ist auch vom OLG. Braunschweig (OLG. 35, 225) mit Rücksicht auf die Billigkeit es abgelehnt, im Falle des § 17 a. a. O. den Pauschsatz der Gebühr gleichzustellen. Der Wortlaut der Bestimmung, die Ausdrucksweise in dem Kostengesetz und der RAGebO. und die begriffliche Scheidung, sowie der wirtschaftliche Zweck der Pauschalierung sprechen gegen eine solche Gleichstellung. Daraus ergibt sich, daß die Pauschsätze des Mahnverfahrens nicht zu verrechnen sind.

(OLG. Naumburg, Beschl. v. 19. August 1921, NaumbAK. 1921, 30.)

*

Nürnberg.

15. Unter Umständen kann ein Rechtsanwalt den Pauschsatz nach Art. II des Ges. v. 18. Dez. 1919 auch dann begehren, wenn er der armen Partei gar nicht als Pflichtenanwalt beigeordnet worden ist.

RA. G. ist der Frau S. vom Landgericht in ihrer Ehescheidungssache als Pflichtanwalt beigeordnet. Er beantragte alsdann Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 627 ZPO. und schloß unter Berufung auf das der Frau zum Hauptprozesse bewilligte Armenrecht daran die Bitte, ihr auch für dieses Verfahren auf einstweilige Verfügung das Armenrecht bewilligen zu wollen. Das LG. wies den Antrag (und die Bitte) ab. RA. G. legte Beschwerde zum OLG. ein und wiederholte den Antrag und die Bitte. Das Beschwerdegericht gab ohne mündliche Verhandlung dem Antrage und der Bitte statt. Ein Pflichtanwalt wurde aber, weil eben das Beschwerdeverfahren damit erledigt war, für Frau S. nicht weiter bestellt.

RA. G. hat nun bei der Gerichtsschreiberei des OLG. in Form eines Festsetzungsgesuchs beantragt, ihm den nach Art. II des Gesetzes v. 18. Dez. 1919 dem Pflichtanwalt der armen Partei gebührenden Pauschsatz aus der Staatskasse zu ersetzen. Der Gerichtsschreiber hat dies Gesuch mit der Begründung abgelehnt, daß die Beigabe eines Pflichtanwalts weder beantragt noch verfügt worden sei und deshalb die Voraussetzung für Erstattung der Auslagen des Rechtsanwalts aus der Staatskasse nach § 115 Nr. 3 ZPO. und Art. II des Gesetzes v. 18. Dez. 1919 fehle.

Das OLG. hat den hiergegen erhobenen Erinnerungen des RA. G. aber stattgegeben, also dahin entschieden, daß diesem die Auslagen eines Pflichtanwalts der Antragstellerin nach Maßgabe der RAGebO. aus der Staatskasse zu ersetzen sind, im wesentlichen mit folgender Begründung:

Durch Einreichung des Antrags auf einstweilige Verfügung hat RA. G., der der Frau S. im Hauptprozeß als Pflichtanwalt beigeordnet ist, den Willen kundgegeben, für diese auch im Verfahren auf einstweilige Verfügung als Pflichtanwalt bestellt zu werden und tätig zu sein; er hatte daher nicht nötig, um diese Bestellung noch eigens nachzusuchen; er wäre ihr nach der Übung des Gerichts als Pflichtanwalt beigeordnet worden, wenn eine solche Beiordnung noch weiter veranlaßt gewesen wäre. Auch die Zustellung des oberlandesgerichtlichen Beschlusses geschah an ihn. Den Erinnerungen stattzugeben, dafür spricht auch die praktische Erwägung, daß sonst in gleichgelagerten Fällen die arme Partei durch den Pflichtanwalt des Hauptprozesses, um eine derartige Beschwerde einlegen zu können, die dem Anwaltszwange unterworfen ist, vorher zunächst um das Armenrecht und Beigabe eines Pflichtanwalts beim OLG. einkommen müßte und würde.

(OLG. Nürnberg, Beschl. v. 30. Nov. 1921.)

Mitgeteilt von OLGR. Wilh. Fauner, Nürnberg.

*

16. Rechtsanwaltsgebühr für das Kostenfestsetzungsverfahren.†)

Das Urteil wurde vor dem 31. Juli 1921 zugestellt, die Kostenfestsetzung nachher beantragt. Der Gerichtsschreiber und die ZK. des LG. haben den Ansatz der erhöhten Gebühren für das Kostenfestsetzungsverfahren verweigert. Das OLG. hat mit folgender Begründung aufgehoben: Für das Gebiet der Gerichtskosten und der Rechtsanwaltsgebühren ist der Begriff der Instanz nur insoweit in dem gleichen Sinne wie für das Gebiet der ZPO. aufzufassen, als nicht bestimmte Ausnahmen festgesetzt sind. (Rittmann, GKG. 5. Aufl. § 39 S. 272; S. 69 Ziff. 4; S. 203 Ziff. 2.)

Eine solche Ausnahme ist getroffen hinsichtlich des Kostenfestsetzungsverfahrens.

In § 38 Nr. 1 GKG. ist bestimmt, daß $^1/_{10}$ der Gebühr des § 8 für die Entsch. über Anträge auf Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten oder auf Abänderung der Kostenfestsetzung erhoben wird. Im Anschluß daran ist in § 39 ausdrücklich bestimmt, daß jedes Verfahren über die in den §§ 34—38 bezeichneten Anträge, Einwendungen oder Erinnerungen für die Gebührenerhebung als ein besonderer Rechtsstreit gilt. Nach § 30 RAGebO. Nr. 3 werden die (in § 23) festgesetzten Gebühren besonders erhoben für die Tätigkeit bei Streitigkeiten und Anträgen, welche die im § 38 Nr. 1 GKG. bezeichneten Angelegenheiten betreffen. In Abs. 3 des § 30 ist bestimmt, daß die Festsetzung der Kosten und die Abänderung der Kostenfestsetzung (§ 38 Nr. 1 GKG.) eine Instanz bilden. Aus diesen Bestimmungen folgt, daß das Kostenfestsetzungsverfahren als ein prozessualisch selbständiges Verfahren, als eine besondere Instanz zu beurteilen ist und daß dieser Grundsatz auch gegenüber dem RGes. v. 8. Juli 1921 über die Gebühren der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher gilt.

(Rittmann a. a. O. zu § 38 Nr. 1 S. 266 Ziff. II; Friedländer-Walter-Joachim, RAGebO. 6. Aufl. § 9 Abs. 39; JW. 1918, 249 Ziff. 4; Quednau, RAGebO. § 23 Abs. 27; Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren 8. Aufl. S. 88 ff. Ziff. XI Nr. 1 und 7; JW. 1920, 717[17]; OLG. 17, 124 a. 1.)

(OLG. Nürnberg, Beschl. v. 30. Sept. 1921, BeschwReg. 360/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wassertrüdinger, Nürnberg.

*

Stuttgart.

17. Voraussetzungen der Beweisgebühr nach § 13 Ziff. 4 RAGebO.

In der mündlichen Verhandlung über eine einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. hatte der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin eine schriftliche eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin zu den Gerichtsakten übergeben. In der Verhandlung hat die anwesende Antragstellerin weiterhin vor dem Gericht mündlich eine Versicherung an Eidesstatt abgegeben.

Der Gerichtsschreiber hat die Gebühr für Beweisaufnahme mit der Begründung gestrichen, daß keine Beweisaufnahme stattgefunden habe. Die erhobene Erinnerung hat das LG. mit der Begründung, daß die mündliche Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch eine Partei keine Beweisaufnahme i. S. des § 13 Ziff. 4 RAGebO., sondern lediglich durch die eidesstattliche Versicherung bekräftigtes Parteivorbringen sei, zurückgewiesen.

Auf die sofortige Beschwerde hat das OLG. den Kostenfestsetzungsbeschluß abgeändert und die Beweisgebühr zugebilligt mit der Begründung, unter Beweisaufnahmeverfahren i. S. des § 13 Ziff. 4 RAGebO. sei nicht ein besonderes durch Beweisbeschluß angeordnetes Verfahren i. S. des § 358 ZPO. zu verstehen, vielmehr sei das Wort im weitesten Sinne auszulegen, so daß auch das Verfahren des § 294 ZPO. bei einstweiligen Verfügungen darunter falle (vgl. OLG. 15, 187). Die Entscheidung OLG. 21, 128 wird als unrichtig ausdrücklich abgelehnt und auf Sydow-Busch, RAGebO., 9. Aufl. zu § 13 Anm. 7 und die dort angeführte Entsch. des RG. und GKG., 8. Aufl. zu § 18 Anm. 3 und die dort aufgeführten Entscheidungen des RG. verwiesen.

(OLG. Stuttgart, 3. ZS., 15. Okt. 1921.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Rieß, Rottweil.

b) Strafsachen.

Dresden.

1. Die einem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft erteilte Großhandelserlaubnis berechtigt nicht auch den Mitgesellschafter zum Großhandel.†)

Der Angekl. ist wegen Handelns mit Lebensmitteln ohne Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 RVO. über den Handel mit Lebens- u. Futter-

---

Zu 16. Der Entsch. ist zuzustimmen. Die darin niedergelegte Rechtsauffassung ist, soweit mir bekannt geworden ist, auch schon in allen Übergangsfällen aus Anlaß der Gesetze v. 8. Nov. 1916, 1. April 1918 und 18. Dez. 1919 zugrunde gelegt worden. Irgendeinen Grund, aus dem für die Übergangsfälle nach Inkrafttreten des Gesetzes v. 8. Juli 1921 eine andere Rechtsprechung Platz zu greifen hätte, hat die durch die besprochene Entsch. abgeänderte Entsch. des LG. offensichtlich nicht beigebracht.

RA. Dr. Kraemer, Berlin.

Zu 1. A. Das Urteil steht im Einklang mit der Rechtslehre und Rechtsprechung.

Die Bedenken, die gegen die getroffene Regelung vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus bestehen, sind von mir eingehend dargelegt JW. 1921, 410 unter II b.

RA. Rudolf Wassermann, München.

B. Dem Urteil ist zuzustimmen.

Die VO. v. 24. Juni 1916 § 1 bestimmt ausdrücklich, daß der Handel mit Lebens- und Futtermitteln nur solchen Personen gestattet ist, denen eine Erlaubnis erteilt wurde. Sie kann nach § 3 Abs. 2 — der durch VO. v. 24. Nov. 1921 (RGBl. 1370) eine neue Fassung erhalten hat — versagt werden, wenn der Antragsteller nicht als hinreichend sachverständig anzusehen ist oder sonstige Gründe vorliegen, die seine Unzuverlässigkeit in bezug auf die Geschäftsführung annehmen lassen. Die Handelserlaubnis kann nach § 4 zurückgenommen werden, wenn sich nachträglich Umstände ergeben, die die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen würden. Da immer damit zu rechnen ist, daß einem der Gesellschafter die Erlaubnis wieder entzogen wird, muß daran festgehalten werden, daß sie jedem der Gesellschafter einzeln erteilt wird, nicht der Firma.

Prof. Dr. Dochow, Heidelberg.

mitteln v. 24. Juni 1916 (RGBl. 581) n. F. gemäß §§ 4 b, 5 Abs. 1 Nr. 2 Bek. zur Fernhaltung unzuverlässiger Personen vom Handel v. 23. Sept. 1915 (RGBl. 603) i. d. Fass. von Art. III Nr. 1 u. 2, Art. IV VO. über Sondergerichte gegen Schleichhandel und Preistreiberei (Wuchergerichte) v. 27. Nov. 1919 (RGBl. 1909) verurteilt worden.

Der Angekl. und der Kfm. G. in L. sind einzige Gesellschafter der off. Handelsges. S. & Co. Am 19. April 1920 beantragten beide Gesellschafter, die bereits die Erlaubnis zum Handel mit verschiedenen Lebensmitteln besaßen, die Ausdehnung ihrer Großhandelserlaubnis auf eine Anzahl weiterer Gegenstände, insbes. Schokoladen- und Zuckerwaren, bei der zuständigen Entscheidungsstelle des Gewerbeamts der Stadt L. Dem G. wurde die Erlaubnis zum Handel mit Schokoladen- und Zuckerwaren erteilt, dem Angekl. aber mangels Bedürfnisses versagt. Bald darauf bezog die Firma S. & Co. zunächst für eine Musterausstellung Schokoladenwaren und vermittelte dann auch Geschäfte in diesem Artikel. Der Angekl. erledigte gelegentlich Anfragen an seine Firma, die sich auf diese Schokoladenwaren bezogen. In dieser Betätigung des Angekl. erblickt das LG. die selbständige Ausübung des Handels mit Schokoladenwaren, für die der Angekl., was er gewußt habe, der Erlaubnis bedurft hätte.

Die Revision rügt Verletzung des materiellen Rechts. Sie führt hierzu aus, der Angekl. sei durch die Vorschriften des HGB. über die offene Handelsgesellschaft geschützt. Er habe für seine Person keine Handelserlaubnis gebraucht, weil die seinem Gesellschafter erteilte Handelserlaubnis für die in der offenen Handelsgesellschaft vereinigten Personen, die wirtschaftlich ein einheitliches Ganzes bildeten, genüge und untrennbar auch die Erlaubnis für die Mitgesellschafter nach sich ziehe, soweit diese für die Gesellschaft handeln wollten.

Diese Rechtsauffassung ist irrig. Wortlaut, Sinn und Zweck der VO. v. 24. Juni 1916 lassen klar erkennen, daß die Erlaubnis, die nach § 1 zum Betriebe des Handels mit Lebens- und Futtermitteln erforderlich ist, eine der einzelnen physischen Person eingeräumte und auf diese Person beschränkte Berechtigung ist, wie denn auch nach § 3 Abs. 2 die Erlaubnis u. a. versagt werden kann, wenn persönliche Gründe der Erteilung entgegenstehen. Diese VO. hängt, wie sich auch daraus ergibt, daß Art. III VO. v. 27. Nov. 1919 (RGBl. 1909) für beide Verordnungen eine einheitliche Strafandrohung aufstellt, auf das engste mit der Bek. zur Fernhaltung unzuverlässiger Personen vom Handel v. 23. Sept. 1915 zusammen, insofern als sie für das besonders wichtige Gebiet des Großhandels mit Lebens- und Futtermitteln gegenüber der bisher bestehenden Handelsfreiheit, die nur durch die mit der Bek. v. 23. Sept. 1915 für den einzelnen Fall gegebenen Untersagungsmöglichkeit eingeschränkt war, die Genehmigungspflichtigkeit einführte, um dadurch die Möglichkeit einer Prüfung jeder einzelnen diesen Handel treibenden Person auf ihre Zuverlässigkeit vorweg zu schaffen und den Ausschluß unzuverlässiger Personen von diesem Handel von vornherein ganz allgemein zu sichern. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn die von der Revision vertretene Ansicht Geltung erhielte, weil dann die Möglichkeit einer Umgehung des Gesetzes ohne weiteres gegeben wäre. Wenn nur einer der Gesellschafter die Erlaubnis zum Handel hätte, könnte auch jeder andere Gesellschafter unter dem Schutze der Gesellschaft den Handel betreiben, auch wenn ihm für seine Person wegen seiner Unzuverlässigkeit niemals die Erlaubnis zum Handel erteilt worden wäre. Die vom Revisionsgerichte vertretene Ansicht stößt sich auch nicht mit dem Begriffe der offenen Handelsgesellschaft i. S. von §§ 105 ff. HGB. Nach § 114 HGB. sind zwar alle Gesellschafter zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, doch kann im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden mit der Wirkung, daß die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Muß schon der einzelne Gesellschafter eine solche auf dem privatrechtlichen Gesellschaftsvertrage beruhende Beschränkung sich gefallen lassen, so kann er um so mehr durch öffentlich-rechtliche Beschränkungen, denen er für seine Person unterworfen ist, von der Geschäftsführung im Umfange dieser Beschränkungen ausgeschlossen werden. Diese Rechtsauffassung vertritt das LG. in Übereinstimmung mit Alsberg, Preistreibereistrafrecht, 6. Aufl. S. 148. Das Urteil ist insoweit frei von Rechtsirrtum.

(OLG. Dresden, StS., Urt. v. 5. Okt. 1921, III 283/21.)

*

Frankfurt a. M.

2. § 7 PrTrVO., § 372 StPO. **Einziehung zulässig, wenn Schöffengericht nicht darauf erkannt und nur Angekl. Berufung eingelegt hat, vorausgesetzt, daß Geldstrafen und Betrag der Einziehung geringer sind, als die Strafen des Schöffengerichts.†)**

Wenn von der Revision gerügt wird, daß die StK. zu unrecht die Einziehung des Übergewinnes von 264 ℳ ausgesprochen hätte, auf die das Urteil des SchöffG. nicht erkannt hätte, und daß hierin eine unzulässige reformatio in pejus liege, so ist zunächst zu prüfen, ob in dieser Hinsicht überhaupt die Revision zulässig ist. Der § 372 StPO., der das Verbot der reformatio in pejus für die Berufungsinstanz enthält, ist eine rein prozessuale Vorschrift. Würde also Verletzung dieser Bestimmung gerügt werden, so wäre die Revision insoweit im jetzigen Rechtszuge nach § 380 StPO. unzulässig. Die Revision rügt aber, daß die StK. deshalb die Verhängung der Einziehung für zulässig erachtet habe, weil diese Einziehung des § 7 der VO. v. 8. Mai 1918 keine Nebenstrafe sei und daher trotz des § 372 StPO. in der Berufungsinstanz, auch wenn das SchöffG. die Einziehung nicht ausgesprochen hätte, verhängt werden dürfe. Gegen diese rechtliche Auffassung hinsichtlich des Charakters der Einziehung des § 7 wendet sich die Revision, es wird also nicht die Verletzung einer prozessualen Vorschrift, sondern ein materiellrechtlicher Verstoß gegen § 7 der VO. v. 8. Mai 1918 gerügt, was unbedenklich zulässig ist. Aber auch dieser Revisionsangriff geht fehl.

Allerdings herrscht über die rechtliche Natur dieser Einziehung in der Rechtsprechung und dem Schrifttum lebhafter Streit. Das RG. erblickt in ihr in Übereinstimmung mit der StK. keine Nebenstrafe, sondern ist der Ansicht, daß sie ein öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch des Staates eigener Art sei (vgl. die bei Alsberg, Preistreibereistrafrecht, 6. Aufl., S. 306 Fußnote 67 a angeführten Entsch.). Hiergegen steht Alsberg (a. a. O. S. 306 ff.) und das KG. (JW. 1920, 302 Ziff. 1) auf dem Standpunkt, daß die Einziehung des § 7, wenn sie gegenüber dem Täter ausgesprochen werde, die Eigenschaft einer Nebenstrafe habe. Würde letzteres zutreffen, so würde im vorliegenden Falle die Verhängung der Einziehung durch die StK. keine reformatio in pejus darstellen. Denn bei § 372 StPO. kommt es nur darauf an, daß das BerG. im Endergebnis zu keiner schwereren Strafe gelangt, als das Gericht erster Instanz (vgl. Löwe, StPO., § 372 Note 2). Da nun hier die StK. selbst unter Einrechnung des Betrages der Einziehung von 264 ℳ zu weit geringeren Strafen gelangt ist, als das SchöffG., so war die Verhängung der Einziehung, wenn man in ihr eine Nebenstrafe erblickt, durchaus zulässig, wie dies auch Alsberg (a. a. O. S. 308 Lit. b) zutreffend annimmt. Der Ansicht des KG. (JW. 1920, 303), daß die Einziehung niemals ausgesprochen werden dürfe, wenn das SchöffG. nicht auf sie erkannt hätte, kann nicht beigetreten werden. Erblickt man in der Einziehung mit dem RG. einen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch, so liegt sicherlich keine reformatio in pejus vor, wenn die Geldstrafe der StK. unter Hinzurechnung des Betrages der Einziehung hinter den Geldstrafen, die das SchöffG. verhängt hat, zurückbleibt (RGSt. 54, 66).

(OLG. Frankfurt a. M., StrS., Urt. v. 6. Okt. 1921, S 120/21.)

Mitgeteilt von RA. Otto Rothbarth, Frankfurt a. M.

Landgerichte.

Berlin. **Zivilsachen.**

1. Das Gericht ist nicht befugt ohne Anordnung des Erblassers einen Testamentsvollstrecker zu ernennen.†)

Der am 22. April 1906 verstorbene Bücherrevisor Otto G. hatte in seinem Testament v. 1. März 1906 seine Ehefrau Marie G.

Zu 2. Das OLG. erspart eine Stellungnahme zu der rechtlichen Natur der Einziehung des § 7 PreistrVO., weil es mit dem RG. und der herrschenden Meinung annimmt, daß es bei § 372 StPO. nur darauf ankomme, daß das BerG. im Endergebnis zu keiner schwereren Strafe gelangt als das Gericht erster Instanz.

Diese herrschende Meinung unterliegt erheblichen Bedenken: Sie legt die Begriffe „Abänderung zum Nachteil“ und „härtere Strafe“ in den §§ 372, 398 Abs. 2 StPO. nicht genügend formal aus und läßt demgemäß bei der Frage nach dem Vorliegen einer reformatio in pejus lediglich die Tatsache, ob die Gesamtbeurteilung der Tat zu einer höheren Strafsumme geführt hat, d. h. lediglich den ziffernmäßigen Gesamteffekt entscheiden.

Diese ganze wirtschaftliche, oder besser gesagt zahlenmäßige Einstellung ist bedenklich. Sie berücksichtigt nicht die Möglichkeit gewisser schädigender Nebenwirkungen einer Nebenstrafe, die sich ziffernmäßig gar nicht ausdrücken lassen. Das Prozeßrecht ist ein Formalrecht; der Strafprozeß noch mehr als der Zivilprozeß. Daher liegt m. E. eine Abänderung des Urteils erster Instanz „zum Nachteil“ des Angekl. und eine „härtere Strafe“ regelmäßig dann vor, wenn das BerG. zuzüglich auf ein besonderes Strafübel erkennt, welches vom SchöffG. nicht festgesetzt war, gleichviel wie sich rechnerisch die ziffernmäßige Gesamtstrafsumme stellt. Mit Recht betont das KG. in der sich in Gegensatz zur herrschenden Meinung stellenden, oben zitierten Entsch. v. 24. Juni 1919, daß die Wirksamkeit eines besonderen Strafübels, als welches die vom Vorderrichter nicht erkannte Einziehung anzusehen ist, zahlenmäßig mit der Geldstrafe erster Instanz nicht in Vergleich gesetzt werden kann.

Von diesem Rechtsstandpunkte aus dürfte, falls man die Einziehung des § 7 PreistrVO. mit dem KG., Alsberg u. a. zutreffend als Nebenstrafe ansieht, auf sie im vorliegenden Falle seitens des BerG. nicht erkannt werden.

RA. Dr. Herbert Fuchs, Berlin.

Zu 1. Obiger Entscheidung ist beizupflichten. Es mag zugegeben werden, daß (weniger aus § 3 als) aus § 4 des Testaments zu entnehmen ist, daß die Witwe bis zum 30. Lebensjahre der Kinder

und seine beiden Kinder Erich und Erna zu Erben eingesetzt. Im § 3 des Testaments heißt es:

„Meiner Ehefrau, welche nach meinem Tode die elterliche Gewalt über meine Kinder haben wird, setze ich als Beistand und Pfleger der Kinder den Fabrikdirektor Simon N., hier."

§ 4: „Ich bestimme, daß mein Sohn Erich mit vollendetem 25. Lebensjahr die Hälfte seines Erbteils ausgezahlt erhalten soll; die zweite Hälfte mit erreichtem 30. Lebensjahre.

Meine Tochter Erna soll die Hälfte ihres Erbteils bei ihrer Verheiratung erhalten, die andere Hälfte mit erreichtem 30. Lebensjahre.

Meine Ehefrau soll mit Zustimmung des Herrn N. ermächtigt sein, meinen Kindern ihr Erbe ganz oder zum Teil bereits vor obigen Zeitpunkten auszuantworten."

Den § 3 des Testaments hat das AG. dahin ausgelegt, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt werden solle, dem besonders die Ausführung der Bestimmungen des § 4 obliegen sollte, und hat einen Testamentsvollstrecker ernannt. Gegen diese Entscheidung haben die inzwischen volljährig gewordenen Geschwister Erna und Erich G. Beschwerde eingelegt. Die sofortige Beschwerde erscheint begründet. Selbst wenn anzunehmen wäre, daß durch § 3 des Testaments die Ehefrau des Erblassers als Testamentsvollstreckerin bestellt werden sollte, so ist das Nachlaßgericht doch nicht befugt, nach Wegfall derselben durch Eintritt ihrer Geschäftsunfähigkeit eine neue zu ernennen. Wenn der Erblasser sich sichern wollte, hätte er einen Ersatz-Testamentsvollstrecker für diesen Fall vorschreiben müssen. Der Erblasser hat dies aber unterlassen. Auch der Fall des § 2200 BGB. liegt nicht vor, da dem Testament ein Ersuchen um Einsetzung eines Testamentsvollstreckers weder unmittelbar, noch mittelbar zu entnehmen ist.

(LG. II Berlin, 6. Mai 1921, 5 T 80/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Isaac, Berlin.

*

2. Anwendbarkeit des bolschewistischen Rechts in Ehesachen.†)

Der Bekl. ist Russe und die Kl. teilt die Staatsangehörigkeit ihres Mannes. Beide sind demnach Ausländer. Die Ehescheidungsklage kann daher nach § 606 Abs. 4 ZPO. vor einem deutschen Gericht nur erhoben werden, wenn das deutsche Gericht auch nach dem Gesetz des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört. Das Ehescheidungsrecht ist von der russischen föderativen Räterepublik durch die Dekrete v. 18. und 19. Dez. 1917 geregelt. Danach sind die geistlichen Gerichte aufgehoben und für Ehescheidungsangelegenheiten die weltlichen Gerichte ausschließlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den allgemein geltenden Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit in anderen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ergibt sich aus Art. 202 ff. der russischen ZPO., die insoweit von der Räterepublik aufrechterhalten ist. Örtlich zuständig ist danach das Gericht, in dessen Bezirk der Bekl. seinen Wohnsitz hat. Ist dieser nicht bekannt, so richtet sich, wie das Dekret ausdrücklich bestimmt, die Zuständigkeit nach dem letzten bekannten Wohnort. Eine ausschließliche Zuständigkeit der russischen Gerichte ist aus dem Dekret v. 19. Dez. 1917 nicht zu entnehmen, sie würde auch der in dem Gesetze zum Ausdruck gekommenen Absicht widersprechen, die Scheidung allein von dem Willen der Ehegatten abhängig zu machen. Nach alledem ist die Zuständigkeit des angerufenen LG. begründet.

Gemäß Art. 17 EGBGB. sind für die Ehescheidung weiter die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann z. Zt. der Klageerhebung angehört, jedoch darf die Scheidung nur ausgesprochen werden, wenn zugleich nach deutschem Recht ein Scheidungsgrund vorliegt. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Das russische Dekret führt keine materiellen Ehescheidungsgründe an, es bestimmt lediglich, daß die Ehe auf Antrag beider oder auch nur eines Ehegatten aufgelöst werden kann, nachdem der Richter die Überzeugung erlangt hat, daß der Antrag auf Ehescheidung tatsächlich von beiden Ehegatten oder von einem von ihnen herrührt. Dieser letzte Fall ist hiermit gegeben, da die Kl. um Auflösung ihrer Ehe gebeten hat. Auch nach deutschem Recht ist die Klage gemäß § 1567 Abs. 2 BGB. begründet.

Bedenken gegen die Anwendung der von der russischen föderativen Räterepublik erlassenen Gesetze liegen nicht vor, da die Räterepublik rechtlich als Regierung anzusehen, auch von der deutschen Regierung als solche anerkannt ist, wie der Frieden von Brest-Litowsk beweist. Zu beachten ist lediglich Art. 30 EGBGB., nach dem die Anwendung eines ausländischen Rechtes ausgeschlossen ist, insofern es gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Dieses trifft bei den angewandten Bestimmungen nicht zu. Selbst wenn sie entgegen dem deutschen Rechte, das die Ehe als eine über den Willen der Ehegatten bestehenden Ordnung ansieht, das Bestehen der Ehe allein von dem freien Willen der Ehegatten abhängig macht, so kann darin kein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden, zumal auch früher im französisch-rechtlichen Teil Deutschlands auf Grund des Code civil die Ehescheidung infolge wechselseitiger Einwilligung bestand. Daß die russische Gesetzgebung in dieser Richtung noch einen Schritt weiter geht, kann nicht zu ihrer Beanstandung führen. Ob andere Rechtsgrundsätze der Räterepublik als unsittliche zu verwerfen sind, kann ganz dahingestellt bleiben, da das Gericht lediglich das eine Gesetz, nicht aber die ganze Gesetzgebung, oder gar die Staatsform des fremden Staates auf ihren sittlichen Inhalt zu prüfen hat[1]).

(LG. III Berlin, Urt. v. 30. Juni 1921, 38 R 783/20.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Walter Hermann Stern, Berlin-Charlottenburg.

*

3. Auslagenerstattungsanspruch des Armenanwalts gegen die Staatskasse.

Allerdings wird im Regelfalle eine Erstattung der Auslagen des Armenanwalts nach dem Gesetz v. 18. Dez. 1919 nur nach Beendigung des Verfahrens durch Urteil in Frage kommen. Das Gesetz macht aber den Erstattungsanspruch des Armenanwalts nicht von dem Vorliegen eines Urteils abhängig, sondern verlangt lediglich, daß sie nicht von einem ersatzpflichtigen Gegner beigetrieben werden können. Im vorliegenden Falle ist der Kl. verstorben und das Verfahren daraufhin ausgesetzt. Nach Lage der Sache ist eine Aufnahme des Rechtsstreites durch die Mündelmutter als Rechtsnachfolger des Kl. nicht anzunehmen, zumal ihr Aufenthalt nicht bekannt ist. Der Rechtsstreit ist also tatsächlich beendet und ist mangels eines den Bekl. in die Prozeßkosten verurteilenden Erkenntnisses ein ersatzpflichtiger Gegner überhaupt nicht vorhanden.

(LG. III Berlin, Beschl. v. 11. Juni 1921, 45 S 164/20.)

Mitgeteilt von JR. Alfons Loewe, Spandau.

*

Liegnitz.

4. Zu den §§ 13 Nr. 1, 14 Abs. 1 RAGO.

Kl. ist unbestritten mit der Prozeßführung von dem Bekl. beauftragt und auch für denselben tatsächlich tätig gewesen, indem er eine Ladungsschrift dem LG. eingereicht hat, auf Grund deren er den Gegner zur mündlichen Verhandlung über den von einem anderen Anwalt bei einem AG. erwirkten Zahlungsbefehl zu laden beabsichtigte. Unbestritten ist ferner, daß die Zustellung der mit Terminsbestimmung bereits versehenen Ladungsschrift auf Ersuchen des Bekl. unterblieben ist und daß eine fernere Tätigkeit des Kl. in dem Prozesse des Bekl. nicht stattgefunden hat.

Bei dieser Sachlage kann die nach § 13 Nr. 1 RAGebO. vorgesehene Prozeßgebühr nicht als verdient angesehen werden, da vielmehr der Ausnahmefall des § 14 Abs. 1 gegeben ist. Als Klageschrift i. S. dieses Paragraphen muß der Zahlungsbefehl angesehen werden, während die Ladungsschrift nur als vorbereitender Schriftsatz aufgefaßt werden kann, dessen wenigstens in Auftrag gegebene Zustellung die Voraussetzung für die Fälligkeit der vollen Prozeßgebühr gewesen wäre. (Vgl. Willenbücher, Anm. zu § 14 RAGebO.)

Die Tätigkeit des Kl. ist demnach mit der vom Bekl. bereits gezahlten halben Prozeßgebühr voll abgegolten.

(LG. Liegnitz, 1. ZK., Urt. v. 17. Juni 1921, 30 435/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Heinrich Seidel, Breslau.

---

als Testamentsvollstreckerin nach § 2209 zur Verwaltung der Erbteile der Kinder berufen sein soll. Keinesfalls aber liegt ein Ersuchen an das Nachlaßgericht vor, einen Testamentsvollstrecker bei Wegfall der vom Erblasser ernannten Testamentsvollstreckerin zu ernennen. Daß aber ohne ein solches irgendwie zum Ausdruck gebrachtes Ersuchen das Gericht einen Testamentsvollstrecker nicht ernennen kann, ist unstreitig und nach dem Gesetz auch nicht zu bezweifeln.

(Vgl. Planck, Bem. 1 und RGRKomm. Bem. 1 zu § 2200, Staudinger, Bem. II, 4 zu §§ 2197 ff.)

JR. Dr. Herzfelder, München.

Zu 2. Wie aus den Anmerkungen zu dem Münchener Urteil (JW. 1921, 1472 f.) sich ergibt, bin ich mit dem obigen Urteil einverstanden. Es kann keine Rede davon sein, die Ehegesetzgebung der russischen Räterepublik zu ignorieren. Man würde sonst ins Bodenlose fallen.

Was die Scheidung infolge gegenseitiger Einwilligung betrifft, so ist auf heutiges rumänisches Recht zu verweisen. Wichtiger aber erscheint mir die moderne skandinavische Auffassung, die heute in Schweden, Norwegen und Island (Gef. v. 15. Juni 1921, in Geltung v. 1. Jan. 1922) Gesetz geworden ist und nach dem in der dänischen Volksvertretung am 23. Nov. 1921 eingebrachten Entwurf auch dort Gesetz werden soll.

Geh. Hofrat Prof. Dr. Neubecker, Heidelberg.

[1]) Ebenso LG. III Berlin Urt. v. 9. Mai 1921, 38 R 146/21.

Zu 4. Die Entsch. ist zweifellos de lege lata richtig. Aus der Überraschung, die sie trotzdem im ersten Augenblick auch bei dem kundigen Leser hervorruft, kann man entnehmen, wie wenig sinnvoll die Unterscheidungen sind, von denen § 14 RAGebO. ausgeht. Warum soll die Einreichung der Klage, der Berufung, des Einspruchs und die Einreichung jedes Schriftsatzes im amtsgerichtlichen Verfahren stets die volle Prozeßgebühr, die Einreichung der Ladung im landgerichtlichen Verfahren aber nur die halbe Prozeßgebühr auslösen? Auch hier wird die Gebührenreform eingreifen müssen. Vgl. im einzelnen Walter-Joachim-Friedlaender, § 14 Anm. 11 ff., 15 ff.

RA. Dr. Friedlaender, München.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Senatspräsident Dr. G. Strutz, Reichsfinanzrat Dr. Hecker und Reichsfinanzrat Dr. Boethke, München.

[⨯ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. Das Verschulden des Gehilfen eines Rechtsanwalts begründet die Erteilung der Nachsicht gegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist (§ 68 ReichsAbgO.).

Umsatzsteuerpflicht eines Winzerwirts, dem von einem Winzerverein die Bewirtschaftung der dem Verein gehörigen Wirtschaft übertragen ist. Zum Begriff des selbständigen Gewerbetreibenden.†)

Das LFA. hatte die Berufung wegen Versäumung der Berufungsfrist als unzulässig verworfen. Der Berufungskläger hat jedoch Nachsicht beantragt und diesen Antrag auf ein Versehen seiner Kanzlei gestützt. In der Rechtsbeschwerde hat er diese Behauptung damit begründet, daß der von dem bevollmächtigten Rechtsanwalte mit der Expedition der Berufung beauftragte Gehilfe zwar die übrigen Berufungen erledigt, die für ihn ausgefertigte Berufungsschrift aber habe liegen lassen. In dem Urteil des LFA., durch das der Antrag auf Nachsicht zurückgewiesen ist, ist die Zurückweisung damit begründet, daß das Verschulden des Bevollmächtigten den Steuerpflichtigen in gleicher Weise wie ein eigenes Verschulden treffe. Dabei ist übersehen, daß es sich im vorliegenden Falle nach den Behauptungen, die schon in der Vorinstanz aufgestellt waren, nicht um ein Verschulden des bevollmächtigten Anwalts, sondern um ein Verschulden eines Gehilfen dieses Anwalts handelt; gerade ein solches Verschulden ist geeignet, die Versäumung der Rechtsmittelfrist durch den Anwalt als entschuldigt gelten zu lassen. Die Entscheidung ist daher als auf Rechtsirrtum beruhend aufzuheben und die Nachsicht, da das Vorbringen glaubhaft ist, zu erteilen.

Es handelt sich darum, ob Winzerwirte, denen von den Winzervereinen die Bewirtschaftung der den Vereinen gehörigen Wirtschaften übertragen ist, als selbständige Gewerbetreibende umsatzsteuerpflichtig sind oder ob sie nur die Stellung von Angestellten der Vereine haben und deshalb umsatzsteuerfrei sind. Der Verein stellt die Wirtschaftsräume mit Inventar und die Wohnräume. Es dürfen nur Weine des Vereins verschenkt werden, die dem Wirte zugeteilt werden und vom Vereinsküfer zu behandeln sind. Der Wirt erhält Prozente von den Einnahmen, die Preise bestimmt der Verein; Speisen und Mineralwasser darf der Wirt auf eigene Rechnung verabreichen. Der Verein kann die Räume jederzeit besichtigen.

Es handelt sich ausschließlich um die Umsatzsteuerpflicht der für den Ausschank der Weine erzielten Einnahmen. Diese bilden weitaus den Hauptteil des Umsatzes.

Anknüpfend an die preußische Gewerbeordnung vom Jahre 1845, wird in der Regel als selbständig bezeichnet, wer eine gewerbliche Tätigkeit für eigene Rechnung unter eigener Verantwortung ausübt. Das reicht meist aus, aber nicht immer, und es ist mit Recht bemerkt worden, daß die Begriffsmerkmale nicht eindeutig sind. Insbesondere versagt das Merkmal „für eigene Rechnung" dann, wenn die Verhältnisse, wie hier, so geordnet sind, daß die Früchte der Tätigkeit sowohl dem, der die Tätigkeit ausübt, wie auch einem Dritten zufallen, seine Tatkraft und Arbeitsentfaltung also teilweise ihm, teilweise dem Dritten zugute kommt und unklar bleibt, ob er im eigenen Namen oder im Namen des Dritten handelt. Schärfer wird der Begriff der Selbständigkeit in der Rechtslehre zum Gewerberechte — vgl. Landmann, Komm. zur GewO., 7. Aufl., Bd. 1 § 14 Bem. 2a und dort angeführte Schriftsteller — dahin bestimmt, daß als selbständiger Gewerbetreibender anzusehen ist, wer weder als Stellvertreter das Gewerbe betreibt, das ist, im Namen und für Rechnung eines anderen, noch in einer solchen wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit von einer anderen Person, daß er als deren gewerblicher Arbeiter erscheint. Ähnlich hat der erkennende Senat in dem Urteil v. 12. Mai 1920, RFH. 2, 339, ausgesprochen, daß Unselbständigkeit nur da vorliege, wo jemand im geschäftlichen Organismus des Unternehmens eines anderen dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sei. Danach setzt die Abhängigkeit voraus, daß die Tätigkeit, um die es sich handelt, einen Teil der gewerblichen Tätigkeit eines anderen bildet, d. h. als zu dessen Gewerbebetriebe gehörig erscheint. Dieser Gesichtspunkt kann unter Umständen dazu führen, in Fällen, wo das Sachverhältnis bürgerlich-rechtlich als Pacht- oder Werkvertrag gekennzeichnet ist, z. B. bei einem Droschkenunternehmen, bei Bierfahrern, bei dem Verhältnis zwischen Schiffseigner und Kahnführer, dennoch ein Angestelltenverhältnis als vorliegend anzunehmen. Bei Winzervereinen läßt sich ohne weiteres keinesfalls sagen, daß sich ihre Tätigkeit auch auf den Wirtschaftsbetrieb in den Vereinsräumen erstrecke. Es kann sich ebensogut um eine selbständige Tätigkeit der Wirte handeln. Daraus allein, daß die Räume samt der Ausstattung und den Gläsern den Vereinen gehören, folgt nicht, daß auch der Betrieb der Wirtschaft in diesen Räumen Sache der Vereine sei; übrigens haben in einigen Fällen die Wirte das zur Verabreichung von Speisen nötige Geschirr selbst zu stellen. Bei Brauereien z. B. kommt es oft vor, daß Wirtschaftsräume samt Inventar den Brauereien gehören und dennoch nicht zu bezweifeln ist, daß der Pächter einen selbständigen Gewerbebetrieb ausübt. Umgekehrt schließt der Umstand allein, daß die Wirte Speisen und meist auch Mineralwasser und Postkarten auf eigene Rechnung vertreiben und insoweit ohne Zweifel selbständig und umsatzsteuerpflichtig sind, nicht aus, daß sie die Haupttätigkeit, nämlich das Ausschenken des Weines, nur als Angestellte der Vereine ausüben; vgl. jedoch die Entsch. des RVA., amtl. Nachrichten des RVA. 1895, 238 Nr. 445, wo bei einem Bierverschleißer in dem für eigene Rechnung betriebenen Zigarren- und Speisenhandel ein wesentliches Merkmal für die Annahme der Selbständigkeit seiner gesamten Tätigkeit gefunden ist. Auch daraus, daß die Vereine zum Teil die gesetzliche Haftung für Unfälle übernommen haben, läßt sich kein sicherer Schluß ziehen, daß der Wirtschaftsbetrieb ein Betrieb der Vereine sei; es kann sich lediglich um eine innere Angelegenheit zwischen Pächter und Verpächter handeln, wonach die den Wirt treffende Gefahr vom Verein übernommen wird.

Die Zweifel, die hiernach bleiben, wird das LFA. nur dadurch lösen können, daß es prüft, ob sich die Wirte in eine persönliche Abhängigkeit gegenüber den Vereinen begeben haben, d. h., ob sie in dem Wirtschaftsbetriebe den geschäftlichen Anordnungen der Vereinsvorstände Folge zu leisten haben. Zutreffend betont Popitz, Komm. zum Umsatzsteuergesetz 1919 S. 145, daß die persönliche Stellung entscheidend ist, ebenso zutreffend allerdings auch, daß die Entscheidung nicht leicht ist. Von Bedeutung sind hierbei natürlich die Verträge. Es ist zuzugeben, daß diese die persönliche Gestaltungsfreiheit der Wirte hinsichtlich des Wirtschaftsbetriebs stark beschränken: Ausschenken bestimmter Weine und nur dieser Weine zu bestimmten Preisen, Art der Benutzung der Räume — vereinzelt ist auch das Aufstellen von Musikautomaten und das Musizieren und Tanzen von der Genehmigung des Vereinsvorstandes abhängig usw. —, aber alle diese Beschränkungen sind nicht derartig, daß sie nicht auch bei einer persönlichen selbständigen Stellung der Wirte möglich wären. Andererseits ist zu beachten, daß den Wirten in der Regel zwar gewisse Leistungen, aber nicht die persönliche Vornahme dieser Leistungen zur Pflicht gemacht wird; es steht ihnen frei, die Leistungen durch Familienangehörige oder von ihnen zu bestimmende Bedienstete vornehmen zu lassen, vgl. die dies betonende Entsch. des RVA., amtl. Nachr. 1895, 238 Nr. 446, über die Selbständigkeit einer Kasinowirtin, die eine feste Vergütung bezog. In einem der Verträge ist freilich bemerkt, daß der Wirt seine ganze Kraft der Wirtschaft zu widmen habe und nebenbei kein anderes Geschäft betreiben dürfe. Auch diese Vertragsbestimmung läßt jedoch keinen sicheren Schluß auf eine persönliche Unterordnung zu. Überhaupt darf der Inhalt der Verträge nur unter Heranziehung der gesamten Umstände gewürdigt werden. Die Verträge sollen die privatrechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander festsetzen. Für die hier maßgebende Prüfung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses — ob nämlich eine selbständige gewerbliche Tätigkeit i. S. des Umsatzsteuergesetzes vorliegt — kommt es nicht so sehr auf die Fassung der einen oder anderen Vertragsbestimmung, also auch nicht darauf, ob der eine Vertrag so, der andere Vertrag etwas abweichend lautet, als vielmehr darauf an, ob die Wirte nach ihrer gesamten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung, wie sie sich tatsächlich gestaltet hat, als selbständig oder abhängig anzusehen sind. Das kann dazu führen, je nach der sozialen Stellung der in Frage kommenden Gewerbetreibenden trotz im wesentlichen gleichmäßiger Abfassung der Verträge in gewissen Fällen die Selbständigkeit zu verneinen, vgl. z. B. für einen Bierfahrer den Plenarbeschluß des RVA. v. 3. April 1889, Handbuch der Unfallversicherung Bd. 1 S. 368, auch das OVG. in Steuers. 6, 429; vgl. ferner für einen Droschkenkutscher, amtl. Nachr. des RVA. 1886, 230, auch OVG. 30, 360, in anderen Fällen dagegen die Selbständigkeit zu bejahen, vgl. z. B. für einen Ökonomen eines Lehrerseminars amtl. Nachr. des RVA. 1905, 585 Nr. 1239 und die von Fuisting-Strutz, Gewerbesteuergesetz, 3. Aufl. S. 30, angeführten Entsch. des OVG. für einen Kantinenwirt und den Ökonomen eines Seminars.

Deshalb ist geboten, die gesamte wirtschaftliche und gesell-

Zu 1. Der RFH. gibt in obiger Entsch. dem § 68 RAbgO. die entsprechende Auslegung wie sie das RG. dem § 232 Abs. 2 ZPO. zuteil werden läßt: das Verschulden eines Anwaltsgehilfen wird hinsichtlich der Wiedereinsetzungsfrage dem Verschulden des RA. nicht gleichgeachtet (vgl. statt vieler: JW. 1920, 142 Nr. 8). Die weitere Frage, ob etwa dem RA. selbst ein eigenes Verschulden hinsichtlich der nötigen Überwachung des Bureaupersonals zur Last fiel, ist in der Entsch. des RFH. nicht erörtert. Der Tatbestand bot offenbar keinen Anlaß hierzu.

RA. Dr. Friedlaender, München.

schaftliche Stellung der Winzerwirte zu prüfen. Nach einer zur Vorbereitung der Entscheidung vom Senatsvorsitzenden eingezogenen Auskunft sind die Winzerwirte bisher nicht zur Angestelltenversicherung angemeldet und es ist ihnen kein Lohnabzug für die Reichseinkommensteuer gemacht worden. Das kann einen Anhalt dafür bieten, daß sie sich selbst nicht für Angestellte gehalten haben und daß der Verein diese Ansicht geteilt hat, ein Umstand, der für die Beurteilung ihrer Selbständigkeit vielleicht von entscheidender Bedeutung sein kann. Ebenso wird festzustellen sein, ob die Winzerwirte zur Krankenkasse angemeldet sind. Gerade die Auffassung, die der Verkehr von der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit ihrer Stellung hat, ist in zweifelhaften Fällen dieser Art ausschlaggebend. Aus demselben Grunde kann auch Bedeutung gewinnen, ob die Persönlichkeit der Wirte im Wirtschaftsbetrieb eine Rolle spielt oder mehr oder minder zurücktritt, z. B. auch, ob der Name des Wirtes außen an den Wirtschaftsräumen angebracht ist.

Die Entscheidung selber darf jedoch nicht auf das eine oder andere Anzeichen, sondern nur auf die gesamten Verhältnisse, die die Tätigkeit bestimmen, abgestellt werden, vgl. Popitz a. a. O. S. 146.

(II. Sen., Entsch. v. 17. Mai 1921, II A 65—71/21, PreußVerw.-Bl. 42, 621 f.)

2. Bei der Veranlagung zur VermZuwKrAbg. ist der Nennwert einer in ausländischer Währung zahlbaren Schuld in der Regel nach dem Wechselkurse vom 30. Juni 1919 umzurechnen. War aber die Schuld an diesem Tage nicht fällig oder rückzahlbar, so ist ihr Wert nach dem schätzungsweisen Werte im Zeitpunkt der Fälligkeit oder der Rückzahlbarkeit (Devisenterminwert) festzustellen.†)

Streitig ist, mit welchem Betrage die holländische Schuld des Steuerpflichtigen von 40000 Gulden bei der Kriegsabgabe vom Vermögenszuwachs anzusetzen ist. In den Vorentscheidungen ist die Schuld zum vollen Nennwert unter Umrechnung in deutsche Währung nach dem Wechsel- (Devisen-) Kurse v. 30. Juni 1919 berechnet. Der Steuerpflichtige dagegen will den Betrag eingesetzt wissen, den er zur späteren Tilgung der Schuld hat aufwenden müssen. Dieser war erheblich höher als in den Vorentscheidungen angenommen wurde, da der Wert der deutschen Mark seit dem 30. Juni 1919 stark gefallen ist.

Der Auffassung der Vorentscheidungen kann nur teilweise beigetreten werden. Für die Bewertung einer ausländischen Kapitalschuld ist nach § 5 des VermZuwKrAbgG. der § 36 des BesStG. maßgebend, wonach sie mit dem Nennwert anzusetzen ist, sofern nicht besondere Umstände die Veranschlagung nach einem vom Nennwert abweichenden höheren oder geringeren Werte begründet. Solche Umstände liegen jedenfalls dann nicht vor, wenn die Schulden am 30. Juni 1919 fällig waren oder doch vom Steuerpflichtigen abgelöst werden konnten. In diesem Falle war der Nennwert, nämlich 40000 Gulden, in Mark umzurechnen, und zwar auf den Betrag, der vom Steuerpflichtigen am 30. Juni 1919 hätte aufgewendet werden müssen, um die Schulden abzutragen. Das folgt aus § 5 des VermZuwKrAbgG., wonach das Vermögen nach den Vorschriften des BesStG. auf diesen Tag festzustellen ist. Es ist nichts dagegen einzuwenden, daß der Schuldbetrag nach dem Wechsel- (Devisen-) Kurs v. 30. Juni 1919 umgerechnet wird. Denn der so gefundene Betrag ist der Vermutung nach der, den der Steuerpflichtige am 30. Juni 1919 hätte aufwenden müssen, um die Schuld zu tilgen. Der Steuerpflichtige selbst legt ebenfalls den Kurswert zugrunde, nur auf eine andere Zeit als den 30. Juni 1919 berechnet. (Vgl. Württ. VerwaltungsGerHof v. 19. März 1919, DStBl. II, 561; Arlt bei Mrozek, RAbgO. § 143 Anm. 4c.)

Was der Steuerpflichtige hiergegen anführt, ist nicht stichhaltig. Die von ihm angeführte Entsch. des RFH. v. 31. Okt. 1919 (RFH. 1, 272) spricht nicht für, sondern gegen ihn. Denn es ist dort ausgeführt: „Stellt sich in der Zeit zwischen Ende des Geschäftsjahrs und Beendigung der Bilanzaufstellungsarbeiten heraus, daß ein Gegenstand einen höheren oder geringeren Wert hat, als unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände am letzten Tage des Geschäftsjahres angenommen werden mußte und angenommen worden ist, so muß grundsätzlich für die Bewertung in der Bilanz der für den Stichtag begründete Wert eingesetzt werden. Die Bilanz soll so aufgestellt werden, wie sie hätte lauten müssen, wenn sie am letzten Tage des Geschäftsjahres aufgestellt worden wäre." Wendet man diesen Grundsatz entsprechend auf den vorliegenden — nicht gleich liegenden — Fall an, so ergibt sich, daß nur der Kurswert v. 30. Juni 1919 in Betracht kommt. Nur nach diesem ließ sich die Umrechnung der holländischen in die deutsche Währung vornehmen.

Insoweit unterliegt die angefochtene Entsch. keinem Bedenken, und sie steht im Einklang mit der Entsch. des RFH. v. 3. Jan. 1920 (RFH. 2, 128). Anders ist jedoch die Rechtslage, soweit die Schulden des Steuerpflichtigen am 30. Juni 1919 nicht fällig oder wenigstens ablösbar waren. Es kommt dann auf den Betrag an, der an dem späteren Tage der Fälligkeit oder der frühesten Ablösungsmöglichkeit voraussichtlich aufzuwenden war, um die Schulden zu tilgen. Dabei sind aber nicht die Verhältnisse zu berücksichtigen, wie sie sich tatsächlich gestaltet haben, sondern nur die Umstände, die am Stichtag mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen waren.

Da die Vorentscheidung diesen Unterschied nicht berücksichtigt, so war sie aufzuheben.

Die Sache ist nicht spruchreif, denn es ist noch nicht festgestellt, ob und wieweit die Schulden am 30. Juni 1919 fällig waren oder abgelöst werden konnten. Diese Feststellung wird nunmehr zu treffen sein. Soweit die Frage zu bejahen ist, muß es bei der Vorentscheidung bleiben. Soweit das nicht zutrifft, ist der Wert der Schulden gemäß den vorstehenden Ausführungen zu schätzen, am besten durch Sachverständige, die sich in die Verhältnisse des 30. Juni 1919 zurückzudenken und von da aus eine Schätzung in die Zukunft vorzunehmen haben werden.

(RFH., III. Sen., Urt. v. 24. Sept. 1921, III A 139/21.)

3. Kohlensteuer. Die rechtliche Beurteilung des RFH., die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und der Rückverweisung zugrunde liegt, ist auch für den RFH. bindend, wenn die Sache auf Grund einer neuen Rechtsbeschwerde an diesen zurückgelangt.†)

Aus den Gründen:

Die Beschwerdeführerin ist zu einer Kohlensteuer herangezogen worden, weil ihr auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum Rheinisch-Westfälischen Kohlen-Syndikat ein Anteil an dem Erlöse für gewisse Kohlen zugeflossen sei, die nicht von ihr, sondern von anderen Zechen an das Syndikat geliefert und von diesem im Aus-

---

Zu 2. Mit dem letzten Satz der Begründung wird selbst Sachverständigen etwas ziemlich Unmögliches zugemutet, aber da Schulden auch vor ihrer Fälligkeit ablösbar zu sein pflegen, wird es wohl bei der Anrechnung zu dem der Valutaentwicklung v. 30. Juni 1919 entsprechenden Kurswert bleiben.

Der Satz, daß ausländische Vermögenswerte und Schulden nach dem Valutaverhältnis am Stichtage umzurechnen seien, ist erstaunlicherweise in keinem unserer Steuergesetze und namentlich auch nicht in der RAbgO. klar ausgesprochen. Wenn die Entscheidung ihn hier auf § 5 des VermZuwKrAbgG. zu stützen sucht, so ist damit in diese Stelle eigentlich mehr hineingelegt, als in ihr enthalten ist. Im Sinne unserer Steuergesetze liegt aber allerdings eine solche Umrechnung, wie sich jetzt namentlich argumentum e contrario aus dem Ausgleichsbesteuerungsgesetz ergibt.

Prof. Dr. Bühler, z. Zt. Berlin.

Zu 3. Finanzgericht und Finanzamt sind an die rechtliche Beurteilung gebunden, die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und der Rückverweisung zugrunde liegt (§ 275 Abs. 4 RAbgO.). Entsprechend der Rechtsprechung des RG. in Zivil- und Strafsachen ist nach der vorliegenden Entsch. auch der RFH. an diese rechtliche Beurteilung gebunden, wenn die Sache auf Grund neuer Rechtsbeschwerde an ihn zurückgelangt. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz mit Notwendigkeit auf das Steuerrecht allgemein übertragen werden muß und ob nicht wenigstens der § 275 Abs. 4 RAbgO. eine engere Auslegung erfahren muß, als sie verschiedentlich der entsprechenden Bestimmung § 565 Abs. 2 ZPO. zuteil wird.

Im vorliegenden Fall führt die Entsch. zu dem sicherlich unerfreulichen Ergebnis, daß zwei Mitglieder desselben Syndikats in zwei gleichzeitig anhängigen Verfahren in derselben Steuerfrage eine entgegengesetzte Behandlung erfahren, trotzdem das Verfahren des ungünstig behandelten Beschwerdeführers noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

Vgl. RFH. 3, 231 ff. und 5, 321.

In der letzterwähnten Entscheidung hat der Große Senat den Beschwerdeführer von der Kohlensteuer hinsichtlich der vom Syndikat auf den Hüttenselbstverbrauch verteilten Überschüsse aus Auslandsverkäufen freigestellt und dargelegt, daß der steuerrechtliche Tatbestand bei Syndikatsverhältnissen in der ersten Entscheidung (3, 231 ff.) vom 2. Senat unrichtig gewürdigt sei. Der Große Senat hat hier ferner ausgesprochen, daß die auf die Vorverkäufe entfallenden Überschüsse aus Auslandsverkäufen des Syndikats gleiche Beurteilung verdienen.

Trotzdem glaubt der 4. Senat, der jetzt die Kohlensteuersachen entscheidet, an die Entscheidung des 2. Senats auf Grund des § 275 Abs. 4 RAbgO. gebunden zu sein.

Die Gründe, an deren Nachprüfung der 4. Senat sich nach § 275 RAbgO. behindert sieht, liegen aber der Aufhebung und Rückverweisung nicht zugrunde. Sie hätten zur Zurückweisung der Rechtsbeschwerde geführt, wenn nicht andere Gründe die Aufhebung und Rückverweisung veranlaßt hätten. Deshalb war der Senat nicht behindert, sich auch jetzt noch der Entscheidung des Großen Senats anzuschließen.

Hierbei ist zu beachten, worauf wir bereits hinwiesen, daß es sich bei den abweichenden Entscheidungen um eine verschiedene Würdigung des Tatbestandes handelte (vgl. hierzu RG. 94, 14; andererseits RG. bei Gruchot 62, 804 Nr. 86).

JR. Dr. Heinemann, Essen.

land abgesetzt seien. Diese Forderung hat das Hauptzollamt auf Einspruch aufrechterhalten. Nachdem die Oberzolldirektion durch Anfechtungsentscheidung v. 17. März 1920 die Anfechtung zurückgewiesen hatte, hat der 2. Senat des RFH. durch Urteil v. 21. Juli 1920 die Entscheidung der Oberzolldirektion aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das LFA. zurückverwiesen. In diesem veröffentlichten (Samml. 3, 231 ff.) Urteil hat der 2. Senat die Anschauung vertreten, daß bei Lieferungen der am Syndikate beteiligten Zechen an das Rheinisch-Westfälische Kohlensyndikat und bei Verkäufen durch dieses Syndikat unter der Herrschaft des Syndikatsvertrags v. 14. Sept. 1915 nicht die Lieferung der syndizierten Zechen an das Syndikat, sondern der Verkauf durch das Syndikat kohlensteuerpflichtig sei und daß die syndizierten Zechen mindestens entsprechend ihrer Beteiligung am Erlös auf Zahlung der Steuer in Anspruch genommen werden könnten. Unter Zugrundelegung dieser Anschauung hat der 2. Senat die Steuerforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und die Aufhebung erfolgte, weil auch der Betrag beanstandet war und in dieser Hinsicht das Verfahren der Oberzolldirektion an einem wesentlichen Mangel litt. Die Sache wurde zur Aufklärung dieses Punktes und erneuter Festsetzung der Steuer zurückverwiesen. Das LFA. hat durch erneute Anfechtungsentscheidung die Anfechtung zurückgewiesen mit der Begründung, daß es an die rechtliche Beurteilung des Urteils des 2. Senats v. 21. Juli 1920 über den Grund des Anspruchs durch § 275 Abs. 4, § 280 RAbgO. gebunden und die Höhe des Anspruchs nicht mehr streitig sei.

Die Steuerpflichtige hat Rechtsbeschwerde eingelegt. Der RFM. hat seine Zuziehung zu dem Verfahren beantragt und sich gegen die Begründung des Urteils des 2. Senats v. 21. Juli 1920 gewandt.

Auf die vorliegende Rechtsbeschwerde, zu deren Entscheidung nach Übergang der Kohlensteuersachen auf den 4. Senat, dieser Senat zuständig ist, war, wie geschehen, zu erkennen.

Nach § 275 Abs. 4, § 280 RAbgO. war das LFA. „an die rechtliche Beurteilung gebunden, die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und der Rückverweisung zugrunde liegt". Diese Vorschrift ist dem § 398 StPO. und dem § 565 Abs. 2 ZPO. nachgebildet. Ersterer lautet:

> „Das Gericht, an welches die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung verwiesen ist, hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen."

Letzterer:

> „Das Berufungsgericht hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zugrunde liegt, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen."

Das RG. hat diese Vorschriften sowohl für den Strafprozeß (vgl. RGSt. 6, 358), wie auch für den Zivilprozeß (vgl. RG. 58, 286; 72, 212; 94, 13; auch Urteil v. 25. Juni 1915 III 32/15 im „Recht" 2328 unter Mißbilligung der von demselben Senate, RG. 51, 389, ausgesprochenen abweichenden Ansicht), dahin ausgelegt, daß auch das RG., an das die Sache nach Zurückverweisung auf erneute Revision wieder gelangt, an seine frühere Rechtsansicht gebunden ist. Entsprechendes muß auch für das Recht der Reichsabgabenordnung gelten. Wie für den Strafprozeß und den Zivilprozeß enthält die angeführte Vorschrift auch für das Rechtsmittelverfahren in Steuersachen einen grundlegenden, die Richtschnur für das ganze weitere Verfahren gebenden Satz. Die in ihm ausgesprochene Bindung verpflichtet daher nicht nur die Finanzgerichte, Finanzämter und Landesfinanzämter, sie bleibt auch für die weiteren Entscheidungen des RFH. maßgebend, wenn die Sache an diesen zurückgelangt (ebenso Mrozek, RAbgO. § 275 Anm. 8).

Dieser Grundsatz verbietet es dem jetzt erkennenden Senat, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob die der Entscheidung des 2. Senats v. 21. Juli 1920 zugrunde liegende Rechtsauffassung über den Grund des Steueranspruchs zutreffend oder ob der abweichenden Rechtsansicht des großen Senats in dem Urteil v. 25. April 1921 6/20 S beizupflichten ist. Denn in dem erstgenannten Urteil hat der 2. Senat zufolge seiner damaligen Rechtsauffassung die Steueranforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Damit ist der Rechtsstreit in diesem, wenn auch nur ein Element des demnächstigen Urteils darstellenden Punkte als rechtskräftig entschieden anzusehen (vgl. RG. 58, 286).

(RFH., IV. Sen., Besch. v. 13. Juli 1921, IV A a 43/21 S.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

1. Über die Voraussetzungen der Untersagung der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten (§ 35 ReichsGewO.). †)

Die Abmeldung des Gewerbebetriebs und die Angabe über dessen Einstellung mit dem 18. Nov. 1920 sind nicht glaubhaft und ernstlich gemeint; der Bekl. beabsichtigt, das Gewerbe als Rechtskonsulent auch in Zukunft auszuüben, wenn auch gegebenenfalls unter dem Namen seines Sohnes Johann Heinrich D. Dafür spricht eindringlich der Umstand, daß das Namensschild des Bekl. „Josef D., Rechtskundiger" nach dem 15. Dez. 1920 am Wohnhause des Bekl. angebracht war und daß die Anmeldung des Gewerbes auf den Namen seines Sohnes Johann Heinrich, der bei ihm wohnt und bisher Maurer war, nach der eigenen Angabe des Sohnes von dem Vater geschrieben ist. Überhaupt kann aber bei einem Rechtskonsulenten, der für seinen Betrieb keiner besonderen Anlagen und Einrichtungen bedarf und sein Gewerbe bei vorübergehender Einstellung jederzeit ohne weiteres und ohne besondere Vorbereitungen wieder aufnehmen kann, die bloße Abmeldung als zum Beweise der Ernstlichkeit der Einstellung des Gewerbebetriebs ausreichend nicht angesehen werden, es muß vielmehr, wie der Gerichtshof schon anderweit dargelegt hat (vgl. Urt. v. 25. Sept. 1919, PreußVerwBl. 41, 390), noch etwas Weiteres hinzukommen, wie z. B. das Ergreifen eines anderen Berufs oder dergleichen. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Einstellung des Gewerbebetriebs nur zum Scheine erfolgt ist, das Gewerbe vielmehr — nötigenfalls unter dem Deckmantel der Übernahme desselben durch den Sohn — weiter betrieben werden soll.

(Entsch. v. 12. Mai 1921, III B 14/20, PreußVerwBl. 43, 8 f.)

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Senatspräsident a. D. v. Morhart, München.

Zur Zivilprozeßordnung.

2. Zu § 233 ZPO. — Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. — Unabwendbarer Zufall. †)

Eine unvorhergesehene Störung im Postbetriebe stellt sich als ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 Abs. 1 ZPO. dann dar, wenn die Übergabe eines Poststückes (Briefes), das erst nach Ablauf der Beschwerdefrist in den Einlauf der zuständigen Behörde gelangte, an die Postbehörde so frühzeitig erfolgte, daß auch bei Versäumung einer planmäßigen Beförderung sein Einlauf noch innerhalb der Beschwerdefrist mit Sicherheit erwartet werden konnte.

(I. Sen., 27. Juli 1921, Nr. 38/20.)

Zu 1. Scheinmanöver von Rechtsagenten, die der Untersagung ihres Gewerbebetriebes durch fingierte Aufgabe desselben entgehen wollen, haben schon öfters den Gegenstand von Entscheidungen des preuß. OVG. gebildet. Die oben angeführte Entsch. v. 25. Sept. 1919 ist auch in JW. 1920, 729 abgedruckt. Ich verweise auf meine dortige Anmerkung. Neue rechtliche Gesichtspunkte enthält die oben wiedergegebene Entsch. v. 12. Mai 1921 nicht.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Zu 2. Diese Entsch. des VerwGH. steht in wohltuendem Gegensatze zu der vor kurzem hier besprochenen Entscheidung des OSchGfAngVers. (vgl. JW. 1921, 1476 f.). Sie betont mit Recht, daß die äußerste, nach den Umständen zu fordernde Sorgfalt, deren Betätigung allein zur Annahme eines unabwendbaren Zufalls führen kann, auch das verlangt, daß der Absender eines Briefes, dessen Eingang eine Frist wahren soll, auch mit Verspätungen in der Postbeförderung zu rechnen hat. In welchem Umfange, das wird vom Einzelfalle abhängen. Aber sich darauf verlassen, daß jeder Eisenbahnzug seinen Anschluß erreicht und jeder Brief sofort nach der Ankunft ausgetragen wird, ist unter heutigen Verhältnissen Leichtsinn und nicht „äußerste Sorgfalt".

Prof. Dr. Friedrich Stein, Leipzig.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Julius Magnus, Berlin NW 7, Dorotheenstraße 41.
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.